Der gemeinrechtliche contractus aestimatorius und das moderne Kommissionswarengeschäft.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Paul Koch

Referendar am Kgl. Amtsgericht Ohligs.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Der gemeinrechtliche contractus aestimatorius und das moderne Kommissionswarengeschäft.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Paul Koch

Referendar am Kgl. Amtsgericht Ohligs.

ACAD. LAND BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Quellen und Entwicklungsgeschichte 2

Essentialien des contractus aestimatorius.

§ 3. vendendum dare 9
§ 4. aestimatio 10
§ 5. reddere aut rem ipsam aut aestimationem, de qua convenit . . 12

Abschluß und Gegenstand des Vertrags.

§ 6. Abschluß 15
§ 7. Gegenstand 19

Das moderne Kommissionswarengeschäft.

§ 8. Das Kommissionswarengeschäft und das BGB. 20
§ 9. Die begriffliche Möglichkeit einer verschiedenartigen Gestaltung des Vertrags (Konstruktionsfrage) 21
§ 10. Die einzelnen Gruppen von Fällen 29
§ 11. Das Kommissionswarengeschäft im Vergleich zu anderen Rechtsgeschäften 30

Die Behandlung des Kommissionswarengeschäfts nach modernem Recht.

§ 12. Quellen für die Behandlung 34

Die Behandlung im einzelnen.

I. Das innere Verhältnis.

Pflichten des Feilgebers.

§ 13. Pflicht zur Sachübergabe 35
§ 14. Belassen zum Verkauf 36
§ 15. Haftung für Mängel 39
§ 16. Zahlung einer Provision 40
§ 17. Ersatz von Aufwendungen 41

Seite

Pflichten des Feilhalters.

§ 18. Verkaufstätigkeit 42
§ 19. Selbsteintritt als Käufer 44
§ 20. Preiszahlung 46
§ 21. Rückgabe der Kommissionsware 47
§ 22. Die Frage der Gefahrtragung 49
§ 23. Die Frage des Eigentumsübergangs 52

II. Das Verhältnis des Feilhalters nach außen.

§ 24. Verfügungsrecht 55
§ 25. Recht auf den etwaigen Mehrerlös 57
§ 26. Handelsrechtliche Besonderheiten 58
§ 27. Die Möglichkeit einer gesetzlichen Regelung des Kommissionswarengeschäfts 60

Literaturverzeichnis.

Arnold, Über den Trödelvertrag und insbesondere sein Verhältnis zur Verkaufskommission. Diss. Oberhausen 1895/1896.

Baron, Pandekten. 8. Aufl. Leipzig 1893.

Bechmann, System des Kaufs. I. Erlangen 1884.

Bericht über die Frage: auf wessen Gefahr Disponenden, Novitäten und andere à condition-Sendungen in den Sortimentsbuchhandlungen lagern. 1845.

Brinz, Kritische Blätter zivilistischen Inhalts. Nr. 1. Erlangen 1852.

Buhl, Das Konditionsgeschäft im Deutschen Buchhandel. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 25 1880.

Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. 1. Jena 1851.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 4. Aufl. Jena 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Tübingen und Leipzig 1902.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte. Leipzig und Tübingen 1897.

Cohn, Der Trödelvertrag nach gemeinem Recht. Diss. Stettin 1890.

Demelius, Realkontrakte im heutigen Recht. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 3. 1859.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2 Abt. 2. 1. u. 2. Aufl. Halle a. S. 1901.

Eisele, Über Realkontrakte. Separatdruck aus der Zeitschrift für schweizerisches Recht N. F. III.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Teil 2. 8. Aufl. Berlin 1902.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 2. Aufl. Berlin 1900.

Friedrichs, Trödelvertrag und Konditionsvertrag. Diss. Breslau 1890.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Teil 18. Abt. 1. Erlangen 1816.

Glum, Über die Gefahr beim Trödelvertrage nach römischen Recht. Diss. Berlin 1893.

Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten. 1887.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts. 12. Jahrg. Berlin 1868.

Hirschberg, Der contractus aestimatorius und seine Beziehungen zum buchhändlerischen Kondiktionsgeschäft. Diss. Göttingen 1897.

Holtzendorff, Rechtslexikon. Bd. 3. 1881.

Koch, Die rechtliche Natur des Trödelvertrags. Diss. Straßburg 1892.
Liebert, Beiträge zur Lehre vom contractus aestimatorius. Diss. Berlin 1890.
Lipp, Beitrag zur Lehre vom Trödelkontrakt. Diss. Heidelberg 1880.
Marwege, Der contractus aestimatorius nach römischen und heutigem Recht. Diss. Rostock 1904.
Michaëlis, Der Trödelvertrag. Diss. Aschersleben 1900.
Merkel, Der Trödelvertrag. In Weiskes Rechtslexikon Bd. 11. Leipzig 1857.
Neuschler, Zur Lehre von den ästimatorischen Rückgabeverträgen im römischen Recht. Diss. Stuttgart 1899.
Puchta, Lehrbuch der Pandekten. 10. Aufl. Leipzig 1866.
von der Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. 1840.
Reinhold, Der Trödelvertrag. Wien 1884.
Riezler, Der Werkvertrag nach BGB. Jena 1900.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. 11.
Schulz, Beiträge zur Erkenntnis der Quellen und der Lehre vom contractus aestimatorius. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1904.
Schneemann, Zur Lehre von der Entwickelung und der Natur des contractus aestimatorius Diss. Wesel 1897.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2. 1861.
Schürmann, Die Usanzen des deutschen Buchhandels und der ihm verwandten Geschäftszweige. Leipzig 1867.
Treitschke, Kommissionshandel. Leipzig 1839.
Unger, Realkontrakte im heutigen Recht. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 3. 1859.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Marburg und Leipzig 1863.
Weidling, Das buchhändlerische Konditionsgeschäft. Berlin 1885.
Wendt, Rechtssatz und Dogma. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 12.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.
Wohlfarth, Der Trödelvertrag. Diss. Magdeburg 1890.

Die buchhändlerische Verkehrsordnung (BVO.).

§§ der BVO.	Seiten der Diss.	§§ der BVO.	Seiten der Diss.
2	34[5]	19c	41[2]
3	55[1]	20	51[13]
4	11 u. 43[6]	21	41[3]
6	36[8]	22	51[13]
7	18[16]	24	46[9]
11a	52[17] u. 53[7]	26	14
11b	38[10], 57[9]	28b	38[12]
12b	18[12]	30a	38[9], 45[4], 49[10]
12e	41[3]	33a	48[8]
14a	40[6]	33b	48[4]
14b	60[8]	33c	49[9]
15	17[11]	33e	38[10]
17	41[3]		

§ 1.

Einleitung.

Von Kommissionswarengeschäften spricht man, wenn jemand fremde Waren zum Verkauf im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erhält und nach gewisser Zeit den vorher vereinbarten Preis oder die unverkaufte Ware zurückzubringen hat.

Im modernen Verkehrsleben spielen diese Geschäfte eine hervorragende Rolle. Erinnert sei an die bekannten Verträge zwischen Verleger und Sortimentsbuchhändler, an den Uhren- und Kunsthandel, an den Handel mit Gold- und Silberwaren, Chemikalien u. a. m. — In der modernen Jurisprudenz sind diese Verträge sehr vernachlässigt worden. In den Lehrbüchern sind ihnen unter der Bezeichnung „contractus aestimatorius" oder dem veralteten und im Verkehr ganz unbekannten Namen „Trödelvertrag" meist nur wenige Ausführungen gewidmet, die noch dazu in der Regel nur für einzelne der vielen Arten von Kommissionswarengeschäften, gewöhnlich für die Verträge mit Händlern, Trödlern und andern umherziehenden Leuten passen und für das praktische Leben von untergeordneter Bedeutung sind.

Auch in den modernen Kodifikationen ist das Geschäft wenig beachtet. Geregelt ist es nur im ALR. I, 11 §§ 511—26; österreichischen Gesetzbuch §§ 1291—98; und außer im hessischen und bayrischen noch im Dresdner Entwurf §§ 727–31.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nach dem Vorgang des Code civile das Geschäft gar nicht erwähnt. Der Gesetzgeber hielt eine Kodifizierung für unpraktisch und unzulässig. Er befürchtete nach den Motiven,[1]) nur für wenige Arten von Kommissionswarengeschäften allgemeine und jeweils passende Normen geben zu können und hat des-

[1]) vgl. Mot. II S. 517.

halb von einer gesetzlichen Regelung abgesehen. Der tiefere Grund indessen liegt m. E. darin, daß man über den Begriff und das Wesen dieser eigenartigen Geschäfte bisher noch nicht völlige Klarheit besitzt und namentlich die unten darzulegende begriffliche Möglichkeit einer verschiedenartigen Gestaltung des Vertrags übersehen hat. Dies beruht in erster Linie auf einem Mißverständnis der römischen Quellen, und um hier Klarheit zu schaffen, ist ein Eingehen auf dieselben unerläßlich.

§ 2.

Quellen und Entwicklungsgeschichte.

Die sedes materiae ist der Titel 19, 3: de aestimatoria.

Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videar, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. melius itaque visum est, hanc actionem proponi; quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem; est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide, quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei judiciis diximus.[1])

Der Inhalt dieser Stelle ist bis heute noch nicht geklärt; namentlich hat der Satz von quotiens bis dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem zu größeren Meinungsverschiedenheiten geführt.

Man übersetzt ihn gewöhnlich:

„Wenn man über den Namen irgend eines Kontraktes Zweifel hegt, man jedoch einverstanden sei, daß irgend eine Klage gegeben werden müsse — da müsse die aestimatoria praescriptis verbis gegeben werden.“ [2]) Natürlich war eine solche „Allerweltsklage“ ein Unsinn, den man Ulpian nicht zutrauen durfte, und deshalb ent-

[1]) Über l. 1 § 1 D. h. t. s. unten.

[2]) Liebert a. a. O. S. 93; vgl. auch Schulz a. a. O. S. 8.

standen schon seit der Glossatorenzeit[3]) zahlreiche Emendationsversuche, die zum Teil recht phantastisch sind.

Sie lassen sich in drei Gruppen einteilen.

Der älteste ist von Akkursius, welcher sich mit dem Wortlaut der Stelle im allgemeinen einverstanden erklärt und eine sinngemäße Übersetzung dadurch herbeiführt, daß er das Wort „aestimatoriam" umschreibt in actionem, quae in hoc casu aestimatoria est et appellatur. Damit ist die angebliche Allerweltsklage beseitigt und auch eine vernünftige Übersetzung erzielt. Zu einer ähnlichen Konjektur und zum gleichen Resultate ist später Pernice gekommen[4]) und in der neusten Literatur hat noch Schulz diese Auslegung gebilligt.[5]) Freilich ist die Stelle dann ganz nichtssagend und Schulz hat ganz recht, wenn er sie einfach lieber weglassen will.[6])

Zu ähnlichen unpraktischen Ergebnissen führt die Brinz-Iheringsche Konjektur. Sie ändern „aliquam actionem dari" in „aestimationem dari" und setzten ferner statt conveniret — convenerit.[7]) Das gibt einen ganz guten Sinn: wenn man vereinbart hat, daß eine aestimatio gegeben werden müsse, so müsse auch die entsprechende actio aestimatoria gegeben werden. Das heißt aber zugleich, daß der Titel nicht nur vom Trödelvertrag, sondern von allen ästimatorischen Innominatkontrakten handelt[8]) und überhaupt nur einen ganz selbstverständlichen Satz ausspricht.

Am wenigsten brauchbar ist die Glumsche Korrektur der Stelle. Glum hält den Satz mit quotiens und den ferneren von est enim bis bona fide „für einen Unsinn, den man niemand, der zum Gesetzgeber berufen ist, zutrauen könne, sondern nur einem Schreiber oder wenig unterrichteten Interpreten".[9]) Er streicht deshalb einfach beide Sätze.

Ich glaube demgegenüber, die Stelle und überhaupt der ganze

---

[3]) vgl. hierzu Cohn a. a. O. S. 6.

[4]) vgl. „Ulpian als Schriftsteller" in den Sitzungsberichten der Akademie der Wissenschaften a. a. O. S. 451.

[5]) vgl. Schulz S. 7ff.

[6]) Schulz S. 9.

[7]) Brinz S. 42f.

[8]) Brinz S. 42.

[9]) Glum S. 35ff.; vgl. auch Lipp S. 23.

Titel gibt nicht nur einen brauchbaren Sinn, sondern ist auch für das Verständnis des Vertrags von größter Wichtigkeit. Der Titel will nur anders übersetzt sein. Bei der Übersetzung muß nämlich zunächst die Verschiedenheit der Sprache in der l. 1 pr. gegenüber den beiden andern Sätzen auffallen. Der erste Satz enthält die Gründe, aus denen man eine actio de aestimato überhaupt eingeführt hat (actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia) und sucht sie durch den Hinweis auf das Verkehrsbedürfnis auch zu rechtfertigen (melius etaque visum est). Der zweite Satz dagegen enthält nur juristische Deduktionen. Hier werden nur logische Schlüsse gezogen (aestimatio facit...) oder nur das wiedergegeben, was sich im Verkehr bereits als Recht entwickelt hat (vgl. die l. 2).

Dieser Gegensatz ist leicht erklärt. Berücksichtigt man, daß der Titel aus Ulpians Ediktskommentar stammt, so geht man nicht fehl, wenn man im ersten Satz einen Bericht über die Motive des Edikts sieht, zu welchem Ulpian in den folgenden Sätzen seinen Kommentar schreibt.

Die Ediktsstelle stammt nun offenbar aus der Zeit, wo das Bedürfnis nach einer besonderen Klage zum ersten Male hervortritt. Das ergibt sich aus dem „proponitur tollendae dubitationis gratia.[10])

Die **Entwicklungsgeschichte** des Vertrags — auf die zur Erklärung der Stelle unbedingt eingegangen werden muß — liegt indessen viel weiter zurück.

Die Anfänge sind schon da zu suchen, wo zum ersten Male der Tatbestand des späteren contractus aestimatorius auftaucht; wo also jemand einem andern eine res aestimata hingibt, damit dieser sie verkauft und nach gewisser Zeit aut ipsam rem reddat aut aestimationem, de qua convenit.

Das Geschäft konnte geschlossen werden in Form eines Dienstvertrags, z. B. wenn der Verkaufende die Waren täglich drei Stunden vor einem Badehause feilhalten sollte. Man konnte auch einen Werkvertrag zu dem Zwecke abschließen, wenn der Verkaufgeber dem andern keine Vorschriften über das Maß und die Art seiner Verkaufstätigkeit machen wollte. Auch ein Mandat konnte vorliegen, wenn der Verkauf ohne Entgelt, nur um dem andern eine Gefälligkeit zu erweisen, über-

---

[10]) Sonst würde es wahrscheinlich datur heißen und eine Begründung des proporere wäre nicht erforderlich.

nommen wurde. Schließlich sogar eine societas, wenn nämlich Verkaufgeber und Verkäufer in letzteres Tätigkeit die Förderung eines gemeinsamen Interesses sahen und ein jus fraternitatis zwischen ihnen bestand.

Es konnte aber auch die Form des Kaufs gewählt werden: der Verkaufende übernahm dann die Ware von vornherein auf eigene Rechnung, doch wurde ihm nachgelassen, die Sache im Falle der Unverkäuflichkeit innerhalb gewisser Zeit zurückzubringen.

In jedem Falle lag der Tatbestand des späteren contractus aestimatorius vor; doch wurde keine besondere Vertragsklage, sondern nur die dem jeweiligen Falle entsprechende Zivilklage gegeben. Das ergibt sich ohne weiteres aus l. 1 pr. D. h. t. 19, 3: wo entweder eine „actio ex vendito" gegeben wird „propter aestimationem" (letzter Fall) „an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor" (2. Fall) „an ex conducto, quasi operas conduxissem" (1. Fall) „an mandati" (3. Fall) und „si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem" [11]) (4. Fall). Für eine besondere Kontraktsklage war kein Bedürfnis, da die bereits vorhandenen Klagen schon ausreichten.

Hierin trat ein Umschwung ein, als gewisse Grenzfälle auftauchten, wo man im einzelnen Fall nicht wußte, welche von den verschiedenen Klagen anzuwenden war, z. B. war eine res aestimata vendenda hingegeben worden, und über die Art der Verkaufstätigkeit nichts vereinbart. Hier konnte ebensogut ein Dienstvertrag, eine Sozietät, ein Werkvertrag ... vorliegen. Der Kläger war dadurch in großer Verlegenheit. Zweifellos war eine der genannten Zivilklagen am Platze; wählte er aber die falsche, z. B. die actio pro socio, so wurde er selbst dann abgewiesen, wenn die Leistungspflicht des Beklagten aus andern Gesichtspunkten, z. B. aus der actio locati begründet war.[12]) Um die hierdurch entstandene Unsicherheit zu beseitigen, schuf der Prätor ein neues Prozeßschema (melius itaque visum est, hanc actionem dari). Der Titel sagt dann: es solle in solchen Grenzfällen (quotiens enim [ambigeretur]), wo nur über das Prozeßschema irgend eines Falles Streit herrschte (de nomine contractus alicuius ambi-

---

[11]) l. 44 pr. D. 17, 2.

[12]) Dernburg, Pand. I a. a. O. S. 361.

geretur), materiell aber eine der erwähnten Klagen zweifellos gegeben werden mußte (conveniret tamen aliquam actionem dari) ein besonderes Musterformular gegeben werden, bei welchem im einzelnen Falle der jeweilige Thatbestand eingefügt wurde (dandam praescriptis verbis actionem). Die gegebene Klage enthielt also in der demonstratio den jeweiligen Tatbestand, während die intentio sich in jus, d. h. auf das bereits geltende Zivilrecht gründete. Sie war eine actio in factum civilis. Sie schuf kein neues Recht: es handelte sich bei ihr im einzelnen Falle nach wie vor um eins der genannten Zivilgeschäfte (est enim negotium civile gestum et quidem bona fide). Dementsprechend galten natürlich deren Regeln durch bei Anwendung dieser Klage (quare omnia et hic locum habent, quae supra diximus). Darnach wird die Formel etwa gelautet haben:

Quod A. Agerius N. Negidro mensam argenteam aestimatam ita vendendam dedit, ut aut ipsam mensam debeat incorruptam reddere aut aestimationem, de qua convenit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, ejus judex N. Negidium A. Agerio condemnato, si non paret absolvito.[13])

Wie erwähnt wurde nach dem Standpunkt des Edikts diese Formel nur in ungewissen Grenzfällen gewährt.[14])

Es sollte mit ihr kein neuer Vertragstypus, sondern nur eine prozessuale Erleichterung geschaffen werden.

Auch hierin trat allmählich eine Wandlung ein. Man gewährte nunmehr die actio de aestimatio nicht bloß bei ungewissen Grenzfällen, sondern in allen Fällen, wo überhaupt der Tatbestand des späteren contractus aestimatorius gegeben war.

---

[13]) Nach Chambons Vorgang (vgl. Chambon a. a. O. S. 32) konstruierte man bisher die Formel: quod A. A. N. N. mensam argenteam dedit, covenitque inter eos, ut aut mensa aut centum restituerentur, quidquid ob eam rem ... dare facere oportert ex fide bona ... Hier läßt Chambon ohne jede Veranlassung das vendendum dare fort, obgleich er an anderer Stelle dieses Stück als Vertragsmerkmal ausdrücklich hervorhebt und beschränkt so die Verpflichtung des Empfängers ganz willkürlich auf das reddere aut rem aut aestimationem.

[14]) Zum Beweise vgl. noch l. 44 pr. D. 17, 2 (auch eine Ediktsstelle), wo die Klage nur subsidiär (hier neben der Sozietätsklage) gegeben wird.

Schließlich führte die Entwicklung dahin, daß beim Vorliegen dieses Tatbestandes überhaupt nicht mehr mit der dem Vertragsverhältnis eigentlich zugrunde liegenden Klage, sondern nur mit der actio de aestimato geklagt werden konnte. Das ergibt sich unzweifelhaft aus einer Stelle aus dem Kommentar ad Sabinum[15]: neque mandati, neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto. Hiermit hatte sich der Tatbestand zu einem eigenen Vertragstypus entwickelt.

Doch blieb im Innenverhältnis das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis dasselbe wie bisher. Der Verkaufende war auch jetzt noch Mandatar, Sozius, Käufer, Dienstverpflichteter ... und hatte dementsprechend auch alle Rechte und Pflichten eines solchen.

Dies ist auch noch der Standpunkt der Basiliken, wo es ausdrücklich heißt[16]:

πολιτικὸν γὰρ καὶ καλῇ πίστει ὕπεστι συναλλαγμα.	nam civiles et bonae fidei contractus subest.
διὸ καὶ πάντα τὰ τῶν καλῇ πίστει ἀγαγῶν ἐνταῦθα τρακταΐζεται.	Quam ob rem et omnia, quae in bonae fidei judiciis, hic tractantur.

Obwohl das Geschäft also ein selbständiger Vertragstypus geworden war, lag ihm doch im gegebenen Falle einer der genannten Zivilverträge zugrunde.

Daraus folgt aber, daß der Vertrag mit den Innominatrealkontrakten und die actio praescriptis verbis aestimatoria mit den andern actiones praescriptis verbis gar nichts zu schaffen hat. Denn nicht die res bildete die Klagbarkeit, sondern, wie bei jedem der zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte, der consensus der Parteien. Die Bezeichnung der Klage als actio praescriptis verbis rührt nur daher, weil die Römer keinen passenden Namen für den Kontrakt finden konnten, gemäß ihrem Grundsatz: cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur. Weitere Schlüsse aus der Bezeichnung der Klage zu ziehen, ist unzulässig.

---

[15]) l. 13 pr. D. 19, 5.

[16]) vgl. den 3. Titel des 19. Buches.

Nun war es freilich in nachjustineanischer Zeit nach Ausbildung der Innominatrealkontrakte möglich, daß der Tatbestand des Kontrakts nach dem Schema do ut facias (Hingabe zum Zwecke einer Verkaufstätigkeit) oder do ut des (Hingabe zum Zwecke (?) der Rückgabe)[17] realisiert wurde und der Vertrag so als Innominatrealkontrakt auftrat.

Zur Zeit der Glossatoren war man dann schon so weit gekommen, in dem contractus aestimatorius nur noch einen Innominatrealkontrakt zu sehen. Und diese Auffassung hat sich infolge des erwähnten Mißverständnisses der Quellen in der ganzen gemeinrechtlichen Literatur erhalten.[18]

Der außerordentliche Formenreichtum, in dem das innere Verhältnis der Parteien erscheinen konnte, z. B. als Kauf, Mandat, Sozietät ... und der dem Vertrag die Möglichkeit seiner verschiedenartigsten Gestaltung und seine Verwendbarkeit zu den verschiedenartigsten Verkehrszwecken gab, war mit dieser Konstruktion als Innominatrealkontrakt verschwunden. Der Vertrag wurde hölzern und unbrauchbar für den Verkehr und schrumpfte so allmählich zu dem heutigen sogen. Trödelvertrage zusammen.

Soviel über die sedes materiae und die Entwicklungsgeschichte des Vertrags.

Zur Vervollständigung der Quellenübersicht seien noch die leges fugitivae hervorgehoben, in denen der Vertrag bruchstückweise behandelt ist, nämlich

die l. 13 pr. D. de pr. verb. 19, 5;

die l. 41 pr. D. pro socio 17, 2;

die l. 17 § 1 D. de pr. verb. 19, 5.[19]

Ihr Inhalt ist bei den einzelnen Essentialien des Vertrags erörtert.

---

[17] So konstruiert noch Puchta a. a. O. § 272 den Kontrakt.

[18] vgl. dazu die Zusammenstellung bei Michaelis a. a. O. S. 14ff. über den contractus aestimatorius als Innominatkontrakt.

[19] über Einzelfragen hierzu vgl. Schulz S. 41ff.

Die Begriffserfordernisse.

Über die Essentialien unseres Vertrags hat in der gemeinrechtlichen Literatur großer Streit geherrscht.

Zunächst ist zum Tatbestand erforderlich:

§ 3

ein vendendum dare:

also Hingabe einer Sache zum Zwecke des Weiterverkaufs. Das ist sowohl in der Literatur[1]) wie in den Kodifikationen[2]) herrschende Meinung. Wird also eine Sache zu einem andern Zwecke hingegeben, so kann von einem contractus aestimatorius oder einem Kommissionswarengeschäfte keine Rede sein. Gegen die abweichenden Ansichten von Friedrichs, Reinhold und Hirschberg[3]) finden sich gute Gegengründe bei Schulz.[4]) Streitig ist heute nur noch, ob unter dem vendendum Verkaufsberechtigung oder Verkaufsverpflichtung zu verstehen sei. Die einen nehmen nur eine Verkaufsberechtigung des Empfängers an[5]) und begründen dies damit, „weil eine etwaige Verkaufsverpflichtung im Gegensatz stehen würde zu dem Recht des Trödlers die Sache als Käufer zu behalten." Das ist indessen irrig. Denn ob der Empfänger die Ware als Proprekäufer übernehmen will, wird sich doch erst bei der Abwicklung des Geschäfts herausstellen und nicht hindern, daß derselbe bis zu diesem Zeitpunkt zum Feilhalten und Verkaufe der Sache verpflichtet ist.

Die andern nehmen nur eine Verkaufsverpflichtung an.[6]) Das

---

[1]) vgl. Chambon a. a. O. S. 56; Sintenis a. O. S. 643; Brinz a. a. O. S. 4; Dernburg, BGB. a. a. O. S. 512 § 348 I; Cosack a. a. O. S. 491 § 138 I; Crome, BGB. a. a. O. S. 714 § 273; Windscheid a. a. O. S. 574 § 383.

[2]) vgl. ALR. I Tit. 11 § 511; österr. Gsb. § 1086; sächs. Gsb. § 1291; Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Teil 2 Art. 586.

[3]) Friedrichs S. 12; Reinhold S. 6; Hirschberg S. 10f.

[4]) Schulz S. 68f.

[5]) Chambon S. 56 u. 103f.; Glück S. 61; Sintenis S. 651; Koch S. 5; Arnold S. 16; Wohlfarth S. 6; Endemann S. 1021 Nr. 4; Crome, BGB. S. 714 Anm. 6; Cosack S. 492 Nr. 2.

[6]) Brinz S. 9; Liebert S. 26ff.; Cohn S. 44ff.

ergebe sich schon aus dem Vergleich der Römer mit der Dienstmiete und dem Mandat; auch sei eine derartige Verpflichtung die notwendige Gegenleistung für das Recht des Empfängers auf den Mehrerlös.

Sicherlich paßt dies für viele, aber nicht für alle Fälle. Das Richtige liegt m. E. in der Mitte. Schon Marwege hat, wenn auch unter Verzicht auf jede Begründung seiner Ansicht, nach dem Vorgange von Windscheid und Merkel mit Recht darauf hingewiesen,[7]) daß sowohl Verkaufsberechtigungs- wie Verpflichtungsfälle in dem vendendum ausgedrückt sein können. Das läßt sich auch beweisen: vendendum dare heißt nämlich dare ut venderet. Dies kann aber bedeuten sowohl

1. Hingabe in der Erwartung, daß der andere verkauft; als auch
2. Hingabe zu dem Zwecke, damit der andere verkauft.

Im ersten liegt ein Berechtigungsfall, im zweiten ein Verpflichtungsfall vor. Den Römern war diese Einteilung ganz geläufig. Im ersten Falle gaben sie, wie schon oben erwähnt,[8]) ursprünglich eine actio ex vendito propter aestimationem; im zweiten Falle je nach der Art der Verkaufsverpflichtung bald eine actio ex locato, quasi rem vendendum locasse videor; bald ex conducto, quasi operas conduxissem; bald eine actio mandati... Auch nach Vereinheitlichung der Klage blieben diese Unterschiede, die von dem Prozeßschema ganz unabhängig sich aus dem Begriffsmerkmal des vendendum dare ergeben, natürlich weiter bestehen und es besteht kein Grund, warum hierin heute ein Wandel eingetreten sein sollte: also noch heute gibt's Berechtigungs- und Verpflichtungsfälle.

§ 4.

Die aestimatio.

Weiterhin ist zum Tatbestande unsers Vertrags eine aestimatio erforderlich, d. h. es muß von vorneherein, gleich beim Vertragsabschluß, die Summe bestimmt werden, die der Empfänger der Kommissionsware bei

---

[7]) Windscheid S. 576; Merkel S. 538; Marwege S. 34 ff.; vgl. auch Dernburg, BGB. S. 513 Nr. 3.

[8]) vgl. oben S. 5.

nicht erfolgender Rückgabe derselben für diese zu leisten hat. Das ist herrschende Meinung in der Literatur[1]) wie in den Kodifikationen.[1]) Wendt, der die aestimatio nicht für essentiell hält, ist bereits von Friedrichs und Hirschberg widerlegt worden.[2])

Die aestimatio muß nun den Preis fest bestimmen; es genügt nicht, wenn die Sache mit der üblichen Redensart, sie zum bestmöglichen Preise zu verkaufen, übergeben wird oder die Preisbestimmung nach Willkür des Empfängers oder nach zufälligen Ereignissen erfolgen soll.[3])

Vom volkswirtschaftlichen Standpunkt stellt die aestimatio den Wert dar, ohne dessen Erlangung der Feilgeber die Sache nicht hergibt; der Tauschwert der Sache soll durch den Weiterverkauf erzielt werden. Die Differenz beider Werte bildet den Mehrerlös und Gewinn des Verkäufers. Im Buchhändlerverkehr entspricht dem Gebrauchswert = aestimatio der Nettopreis (vgl. BBD. § 4 a), dem Tauschwert der Ladenpreis. Die Differenz oder der Mehrerlös heißt hier Rabatt.

Hervorzuheben ist weiterhin der eigenartige Einfluß der aestimatio auf die Risikofrage bezüglich Preisänderungen, die während der Verkaufszeit, der „Kommissionsperiode",[4]) eintreten. Wird z. B. Weizen zu 172 (aestimatio) für 2 Monate (Kommissionsperiode) in Kommission gegeben, so kommt jede Wertsteigerung während dieser Zeit infolge der endgültigen Preisfestlegung nur dem Feilhalter zugute. Bei Preisrückgängen ist zu unterscheiden, ob diese über oder unter die Grenze reichen, bei welcher der Empfänger noch eben vorteilhaft verkaufen kann = (aestimatio + notwendige Gewinnquote). Kursstürze bis zu dieser Grenze treffen den Feilhalter, solche unter dieser Grenze den Verkaufgeber, da im ersteren Falle der Verkäufer die Ware noch verkaufen, im letzteren sie dagegen zurückgeben wird. Es ist deshalb jedenfalls ungenau, wenn die Motive behaupten, daß der Feilgeber, nicht aber der Feilhalter das Risiko der Preisminderung trage.[5])

Entgegen Reinholds Ansicht[6]) sei noch erwähnt, daß vom

---

[1]) vgl. die oben S. 9 Anm. 1 u. 2 zitierte Literatur.
[2]) Friedrichs S. 5; Hirschberg S. 34 f.
[3]) Friedrichs S. 5; Hirschberg S. 35; Marwege S. 19.
[4]) Wie wir sie nennen möchten.
[5]) Mot. zum BGB. S. 516 f.
[6]) Reinhold S. 12.

juristischen Standpunkt die Höhe der aestimatio vollkommen gleichgültig ist: sie braucht also nicht notwendig das Ergebnis einer vorangegangenen sachgemäßen Schätzung zu sein.[7] Vielleicht wäre es überhaupt richtiger, anstatt von „Schätzung" „Taxsumme", „Taxwert" einfach von „Preis" zu sprechen, umsomehr weil die Summe wie beim Kaufe wegen des jederzeit statthaften Selbsteintritts des Verkäufers stets in Geld ausgedrückt sein muß.[8]

§ 5.

reddere aut rem ipsam aut aestimationem, de qua convenit.

Als weiteres Vertragsessentiale wird nach herrschender Ansicht[1] verlangt, daß dem Verkäufer das Recht eingeräumt wird, frei darüber zu wählen, ob er nach gewisser Zeit den vereinbarten Preis zahlen oder die Kommissionsware zurückgeben will.

Die Natur dieses Wahlrechts ist indessen bis heute noch sehr bestritten. Streitig ist nämlich, ob es eine facultas alternativa oder eine Wahlschuld darstellt. Im ersteren Falle wäre der Verkäufer nur zur Zahlung des Preises verpflichtet, hätte aber das Recht, sich durch Rückgabe der Ware von dieser Verpflichtung zu befreien. Im andern Falle könnte der Verkaufgeber „Preiszahlung oder Rückgabe" verlangen, und der Verkäufer könnte nur wählen, ob er das eine oder das andere leisten wolle.

In der Literatur wird bis in die neueste Zeit die letztere Ansicht vertreten[2] und meist damit begründet, daß die Quellen von einem reddere aut rem aut aestimationem, also von einer Gleichstellung

---

[7] Friedrichs S. 5; Marwege S. 19.

[8] Das österr. Gesetzb. § 1086 nennt die Summe geradezu „Kaufgeld"; vgl. auch ALR. § 511 („Preis").

[1] Brinz S. 18; Liebert S. 12 f.; Hirschberg S. 40; Marwege S. 20; Schulz S. 63; Engelmann S. 382; Endemann S. 1021 und die S. 9 Anm. 1 und 2 Zitierten.

[2] Brinz S. 18; Friedrichs S. 6; Wohlfarth S. 7; Liebert S. 16; Hirschberg S. 40; Cohn S. 20; Koch S. 21; Marwege S. 20 f. u. 86; Schulz S. 64; Crome S. 716 Nr. 4.

beider Leistungen sprächen. Daraus folge, wenn eine derselben in obligatione sei, so müsse dies auch die andere Leistung sein. M. E. geben die Quellen darüber gar keinen Aufschluß. Sie sagen nur, daß der Feilhalter die Sache oder den Preis heimbringen muß, lassen aber die Verpflichtungsfrage unberührt.

Demgegenüber hat nun neuerdings Endemann die Ansicht vertreten, daß für den Feilhalter eine facultas alternativa bestehe. Er führt dafür zwar weiter keine Gründe an, meint jedoch, daß eine derartige Konstruktion am besten zu der Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuch passe.[3])

Am eingehendsten hat Neuschler die Frage untersucht.[4]) Wir finden, sagt er — aber ohne einen Beweis liefern zu können —: wenn der Wortlaut des vendendum dare darüber Zweifel läßt, ob die aestimatio dem Empfänger eine facultas alternativa gewähren oder ihn alternativ verpflichten sollte, so ist letzteres zu vermuten. Darnach wäre unter dem Wahlrecht möglicherweise eine Wahlobligation sowohl wie eine facultas alternativa zu verstehen.

Das ist durchaus richtig; doch scheint mir die Abgrenzung beider Fälle eine andere zu sein. Gebe ich eine Sache mit bloßer Verkaufsberechtigung hin, so ist mein alleiniger Zweck, die aestimatio zu erhalten. Kommt es zur Rückgabe der Ware, so ist das meist zu meinem eigenen Schaden und es wäre unsinnig, wenn ich hierzu, nämlich zur „Rückgabe oder Preiszahlung", den Feilhalter verpflichten wolle. Hier kann vielmehr nur die aestimatio in obligatione und demgemäß nur eine facultas alternativa gewollt sein. — Anders im Falle, wo ich die Sache mit Verkaufsverpflichtung hingebe. Hier habe ich nicht nur Interesse an der Preiszahlung, sondern behalte auch gewisse Kontrollrechte über das Schicksal der Ware beim Weiterverkauf. Es ist deshalb nach Absicht der Parteien hier anzunehmen, daß beide Leistungen in obligatione sein sollen und demgemäß eine Wahlschuld vorliegt. Das Resultat ist demnach bei den Berechtigungsfällen: facultas alternativa; bei den Verpflichtungsfällen, Wahlschuld.[5])

---

[3]) Endemann S. 1022 Anm. 23.

[4]) Neuschler a. a. O. S. 110 Nr. 5.

[5]) Damit sind auch die alten Zweifel, ob das buchhändlerische Konditionsgeschäft wegen seiner facultas alternativa zu den übrigen Trödelverträgen, die

Zu erörtern bleibt noch die Frage, wann das Wahlrecht frühestens und wann es spätestens auszuüben ist.

Jedenfalls muß der Feilgeber dem andern eine angemessene Frist zum Verkaufe lassen und kann erst nach Ablauf derselben frühestens eine Erklärung verlangen. Um Streitigkeiten über die Angemessenheit der Frist zu vermeiden, ist es üblich und ratsam, eine „Verkaufsfrist" (Kommissionsperiode) zu vereinbaren. Natürlich kann der Feilhalter auch schon vorher seine Wahl erklären,[6]) doch darf die aestimatio nicht schon beim Vertragsabschluß geleistet werden, weil damit das begrifflich notwendige Wahlrecht von vorneherein unmöglich wird.[7]) — Wann spätestens die Wahl zu erfolgen habe, wird meist von den Parteien besonders vereinbart. Das allgem. Landrecht (§§ 511, 522, 523) und das österreichische Gesetzbuch (§ 1086) verlangten eine derartige Vereinbarung sogar als notwendiges Vertragsmerkmal. Im Buchhandel ist ein derartiger „Remissionstermin" durch Usance festgelegt. Der Zeitpunkt ist für die verschiedenen Kommissionsplätze verschieden.[8]) Für Leipzig ist es die folgende Buchhändlermesse d. h. die Ostermesse, von Montag nach Kantate Sonntag bis Sonnabend dieser Woche. Jedoch ist das nicht unbestritten.[9]) Die BVO. bestimmt jedenfalls als subsidiären Termin auch die Leipziger Ostermesse. (BVO. § 26 a.)

Die Bedeutung einer derartigen Fristsetzung ist verschieden bei den Berechtigungs- und Verpflichtungsfällen.

Bei den ersteren (= Fälle mit facultas alternativa) fällt mit Ablauf der Frist das Recht des Feilhalters, sich durch die in solutione befindliche Leistung zu befreien, fort. Der Feilhalter muß dann auf jeden Fall den Preis zahlen.[10])

---

angeblich alle alternative Geschäfte seien, gezählt werden dürfe (vgl. Weidling S. 130; Buhl S. 155 ff.; Friedrichs S. 34 f.), endgültig beseitigt. Übrigens beweist das praktische Vorkommen beider Formen des Wahlrechts nur die Richtigkeit unserer Behauptungen.

[6]) Weidling S. 97.

[7]) Sofortiges Zahlen eines Vorschusses ist dagegen zulässig. Entsch. des OLG. zu Lübeck 11 Nr. 144.

[8]) vgl. Buhl S. 155 ff; Schürmann 120 ff.

[9]) Buhl S. 159 nimmt Pfingsten an.

[10]) vgl. Buhl S. 155. Ausnahmsweise gilt beim Konditionsgeschäft der

Bei den Verpflichtungsfällen (= Fällen mit Wahlschuld) hat der Remissionstermin dagegen nur die Bedeutung, daß der Feilhalter mit seiner Erklärung nunmehr in Verzug kommt.

Fassen wir nun die oben gefundenen Begriffsmerkmale zusammen, so ergibt sich für den **Tatbestand unsers Geschäfts** als notwendig:

1. Hingabe einer Sache zum Zwecke des Weiterverkaufs,
2. die Vereinbarung eines Preises, der bei nicht erfolgender Rückgabe zu zahlen ist, und
3. freies Wahlrecht des Feilhalters zwischen Rückgabe der Ware und Preiszahlung.

Fehlt eins dieser Erfordernisse, so kann von einem Kommissionswarengeschäfte keine Rede sein.

Abschluß und Gegenstand des Vertrags.

§ 6.

Abschluß.

Für das römische Recht hat man in der Literatur[1]) und zwar bis in die neueste Zeit[2]) die Ansicht vertreten, daß die actio praescriptis verbis aestimatoria ein Fall der generellen actio praescriptis verbis sei, der Vertrag also zu den Innominatrealkontrakten gehöre und dementsprechend „durch die Hingabe der geschätzten Sache zum Verkauf" erst klagbar werde. Die Hingabe geschehe contrahendi causa und bilde die causa civilis des Geschäfts.

Für das Zeitalter der klassischen Jurisprudenz ist diese Auffassung durchaus unrichtig. Wir haben oben nachzuweisen versucht, daß die actio praescriptis verbis aestimatoria mit der generellen actio praescriptis verbis gar nichts zu tun hat.[3]) Sie war eine actio

---

Remissionstermin zugleich als Verkaufstermin. Vor Ablauf desselben ist der Sortimenter gegen den Anspruch des Verlegers geschützt.

[1]) Eine gute Übersicht über die ältere Literatur bei Michaelis S. 14 ff. u. S. 18.

[2]) vgl. Koch S. 35; Schneemann S. 20 f.; Wohlfarth S. 17; Marwege S. 41; Schulz S. 79 ff.; Engelmann S. 382; Endemann S. 908 Anm. 10.

[3]) vgl. oben S. 7. Dafür spricht auch der Zusatz „aestimatoria"; ferner ist zu berücksichtigen, daß die Klage im Edikt ursprünglich nicht actio

in factum mit einer intentio in jus concepta, bei welcher für den Inhalt und die Voraussetzungen der Klagbarkeit allein das bereits geltende Zivilrecht maßgebend war.[4]) Dem Geschäfte lag aber jeweils ein Kauf, Mandat, Werkvertrag, Dienstvertrag oder eine Sozietät zugrunde und dementsprechend war Voraussetzung der Klagbarkeit in allen Fällen der consensus der Parteien. Der Vertrag war also ein Konsensualkontrakt.

Erst zur Zeit der byzantinischen Jurisprudenz, als sich eine allgemeine actio praescriptis verbis entwickelt hatte,[5]) mag hierin teilweise ein Umschwung eingetreten sein.[6])

Jedenfalls ist es vollkommen verkehrt, für das gemeine und heutige Recht hieraus weitere Schlüsse zu ziehen,[7]) da wir überhaupt kein Aktionensystem mehr kennen. Ob ein Vertrag Real- oder Konsensualvertrag ist, muß sich heute nach ganz anderen Gesichtspunkten richten. Nach welchen jedoch, ist bis jetzt noch nicht endgültig entschieden. Hier nur einige Ansichten:

Allgemein hat man als maßgebend für die Unterscheidung „innere Gründe" d. h. solche, die sich aus dem Begriff und Wesen des Vertrags ergeben, aufgestellt.

So sieht z. B. Unger einen solchen inneren Grund für die Annahme eines Realkontrakts dann gegeben, wenn das Geschäft lediglich den Vorteil des Empfängers bezweckt. Hier binde sich der Promittent nur insofern und soweit er annimmt, nicht schon durch das bloße Wort.[8])

Eisele unterscheidet u. a. zwei Arten von Realverträgen[9]):

1. solche ex necessitate; das sind solche, die auf Rückgabe von Anvertrautem gehen;

---

praescriptis verbis aestimatoria, sondern actio de aestimato hieß (vgl. l. 1 D. h. t.); schließlich steht mit dieser Auslegung auch der vielumstrittene § 28 J de act. 4,6 (vgl. Schneemann S. 20; Schulz S. 80 f.) vollkommen in Einklang.

[4]) vgl. oben S. 6 f.

[5]) vgl. Gradenwitz a. a. O. S. 120 ff.

[6]) vgl. oben S. 8.

[7]) wie z. B. von Chambon S. 44 ff.

[8]) Unger a. a. O. S. 9.

[9]) Eisele über Realkontrakte a. a. O.

2. solche ex voluntate, die Realverträge sein „können", z. B. der contractus aestimatorius, denn sie begründen nicht ausschließlich die Verpflichtung zur Rückgabe, sondern in erster Linie Pflichten ganz anderer Art.

M. E. können für diese Frage überhaupt keine „inneren" Gründe maßgebend sein, da sie mit dem Begriff und Wesen eines Geschäfts nichts zu tun hat. Die angeblichen Realverträge ex necessitate sind m. E. „Verträge mit notwendiger Vorleistungspflicht". Ein Darlehen kann begrifflich ebensogut Real- wie Konsensualvertrag sein. Ein Darlehen aber ohne begriffliche Vorleistungspflicht des Geldgebers ist ein Unding. Der reale Abschluß ist nichts anderes wie eine besondere Formvorschrift, welcher wie der schriftliche, notarielle Abschluß — bei allen Verträgen vorkommen kann.[10]) — Ob nun ein Vertrag ein formloser oder ein formeller Realkontrakt sein soll, bestimmt nach Zweckmäßigkeitsgründen der Gesetzgeber, und soweit solche Bestimmungen fehlen, die Absicht der Parteien nach Maßgabe der ganzen Sachlage des Geschäfts.

Dies auf das Kommissionswarengeschäft angewandt ergibt, daß der Vertrag bei den Verpflichtungsfällen formlos abgeschlossen wird. Es liegt nämlich kein Grund zu der Annahme vor, daß die Parteien den Vertrag hier anders als einen sonstigen Dienst-, Werk- oder Gesellschaftsvertrag abschließen wollten.

Bei den Berechtigungsfällen scheint dagegen die Absicht der Parteien auf realen Abschluß gerichtet zu sein. Wenigstens sagt Buhl für das Konditionsgeschäft: als Zeitpunkt der Perfektion des Vertrages gilt der Zeitpunkt der Übergabe oder Absendung des Buchs an den Sortimenter.[11]) Analog ist dies auch auf die übrigen Fälle

---

[10]) Die Unterscheidung zwischen Real- und Konsensualverträgen ist daher fallen zu lassen, wie dies schon die Dresdener Kommission zur Beratung eines gemeinsamen Obligationsrechts getan hat (vgl. Prot. S. 197 ff., 243 f.). Jede Hingabe ist heute immer und ausschließlich Erfüllung (Demelius a. a. O. S. 402 bis 403). Schon der Begriff der „Leistung" als das Tun oder Lassen, zu welchem der Schuldner verpflichtet ist, ergibt, daß jede Leistung auf einer Verpflichtungsbasis beruht. Die Verpflichtung begründet aber einzig und allein der Wille der Parteien. Alle Verträge sind daher Konsensualverträge, bald formelle, sonst formlose.

[11]) Buhl S. 150. Nur unter Annahme eines realen Abschlusses ist auch die Bestimmung der BVO. § 15a (Zulässigkeit von Sendungen mit einem nachträglichen, vorher nicht vereinbarten Vorbehalt) denkbar.

auszudehnen. Sicherlich wenn Feilgeber und Feilhalter einen Vorvertrag derart geschlossen haben, daß der eine alle etwaigen Neuheiten dem andern unverlangt in Kommission zusenden soll.[12]) Nach Absicht der Parteien wird hier eine Bindung jeweils nur insoweit geschaffen, als der Feilhalter Waren erhält.

Das Resultat ist darnach: das Geschäft ist nicht Konsensualvertrag,[13]) auch nicht Realvertrag,[14]) sondern es wird bei den Verpflichtungsfällen formlos, bei den Berechtigungsfällen formell, durch gleichzeitige Sachleistung geschlossen.

Daß der ganze Unterschied auch von praktischer Bedeutung ist, ergibt sich schon daraus, daß er das Reichsoberhandelsgericht beschäftigt hat.[15]) Hier nur einzelne Konsequenzen.

Selbstverständlich ist, daß bei den Verpflichtungsfällen mit der formlosen Einigung der Vertrag selbst, bei den Berechtigungsfällen dagegen nur ein Vorvertrag geschlossen ist.[16])

Beachtenswert ist weiter, daß bei den formlosen (= Verpflichtungsfällen) der Anspruch des Feilhalters auf ein dare (Sachleistung), bei den Real (= Berechtigungs) fällen auf ein facere (Abschluß des Kommissionswarengeschäfts unter gleichzeitiger Sachleistung) geht. Daher ist im letzteren Falle der Anspruch auf die Leistung nicht übertragbar (BGB. § 399), weil die Leistung nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann;[17]) auch kann hier ohne weiteres auf Abnahme geklagt werden, während dies bei den Verpflichtungsfällen nur unter dem Gesichtspunkt der Verkaufsverpflichtung möglich ist.

Von größter Wichtigkeit ist, daß die Verpflichtungsfälle gegenseitige Verträge sind, die Berechtigungsfälle aber nicht, da hier im Moment der Perfektion des Vertrags der eine schon geleistet hat.

---

[12]) vgl. denselben Fall in BVO. § 12b.

[13]) Chambon S. 46; Unger S. 18; Bechmann S. 442; Michaelis S. 20; Merkel S. 536.

[14]) Glück S. 66 ff.; Brinz S. 19 ff.; Sintenis S. 117; ROHG. in Entscheidung vom 25. 5. 72, VII, 45; ferner Demelius S. 409; das ALR § 511 (vgl. Gruchot S. 48); Dernburg, BGB. S. 513 Nr. 2; Crome, BGB. S. 715 Anm. 3 (Realvertrag aber nicht notwendig).

[15]) vgl. vorige Anm.

[16]) Nach BVO. § 7 wird für den Vorvertrag in dubio Schriftlichkeit verlangt.

[17]) Aus einem anderen Gesichtspunkt ist aber auch bei den Verpflichtungsfällen der Anspruch auf die Leistung nicht übertragbar (vgl. BGB. §§ 613, 664, 717).

§ 7.

Gegenstand.

Gegenstand der Leistung ist nach den Quellen eine res,[1]) also jedes Ding, nicht etwa nur bewegliche Sachen. Für das gemeine Recht hebt Merkel ausdrücklich hervor, „daß noch vor 50 Jahren das Leben genug Beispiele bot, die auf die Vertrödelung von Grundstücken, Rechten und Gerechtigkeiten hinwiesen."[2]) Wenn demgegenüber der Vertrag von vielen nur auf bewegliche Sachen beschränkt wird,[3]) so liegt dafür gar kein Grund vor. M. E. kann Gegenstand alles sein, was einen Tauschwert hat, wobei natürlich Mobilien in erster Linie in Betracht kommen.[4])

Eine andere Frage ist, was Gegenstand des Vertrages oder m. a. W. welcher Art die Leistung des Feilhalters ist.

Nach dem ganzen Zweck des Geschäfts soll der Feilhalter die Kommissionsware weiterverkaufen.[5]) Er soll also Verkaufsverträge abschließen und mithin eine Tätigkeit leisten.[6]) Und zwar ist diese Tätigkeit eine geschäftliche, weil sie dazu dient, die wirtschaftliche Lage der Parteien zu verbessern. Gegenstand des Vertrags ist demnach eine Geschäftsbesorgung.[7])

Und zwar nach Cromes Auffassung eine „vermittelnde" Geschäftsbesorgung. Wäre dies aber richtig, so müßte die Tätigkeit des Feilhalters dahin übernommen sein, etwaige Verkaufsverträge im Interesse des Feilgebers abzuschließen.[8]) Das ist jedoch nicht der Fall.

---

[1]) vgl. l. 1 pr. D. 19,3; l. 13 pr. D. 19,5.

[2]) Merkel a. a. O. S. 537.

[3]) z. B. von Sintenis S. 641; Michaelis S. 103; Marwege S. 24 f.; Schulz S. 82; auch das ROHG. in einer Entscheidung Bd. 7 S. 178.

[4]) Ähnlich Dernburg, BGB. S. 512 Nr. 1.

[5]) Ob er dazu verpflichtet ist oder nicht, ist hierbei unerheblich.

[6]) Das gibt Cosack ausdrücklich zu; trotzdem stellt er den Trödelvertrag der Miete nahe. In Wirklichkeit haben beide Verträge nichts miteinander gemein. Vgl. darüber unten S. 23.

[7]) Praktische Konsequenzen z. B. Anwendbarkeit von BGB. § 663 (Anzeigepflicht bei Ablehnung eines Vertragsantrags) und BGB. § 675.

[8]) vgl. die Definition der vermittelten Geschäftsbesorgung bei Crome, BGB. § 272.

Vielmehr besteht zwischen Kommissionswarengeschäft und den vermittelnden Geschäftsbesorgungen (z. B. Mäklervertrag, Agenturvertrag, Kommissionsgeschäft) ein bedeutsamer Unterschied. Bei den letzteren Verträgen ist die Tätigkeit des Geschäftsführers in der Tat in erster Linie durch das Interesse des Geschäftsherrn beeinflußt. Der Geschäftsführer hat nach dessen mutmaßlichem Willen zu handeln, er hat ihm über seine Tätigkeit Rechenschaft abzulegen und ihm schließlich alles, was er durch die Geschäftsbesorgung erlangt hat, herauszugeben. Ganz anders der Feilhalter. Sein eigener Gewinn (der Mehrerlös) und sein eigenes Interesse ist in erster Linie für ihn maßgebend.[9]) Dabei hat er dem Feilgeber jedenfalls über die Bedingungen des Verkaufs keine Rechenschaft abzulegen und ihm auch nicht das, was er durch den Verkauf erlangt hat, sondern nur die vereinbarte aestimatio herauszugeben. Der Feilhalter genießt also eine eigenartige Selbständigkeit und Unabhängigkeit, die ihn von den anderen Geschäftsführern vollkommen unterscheidet.

Wollte man dies zum Ausdruck bringen, so könnte man als Gegenstand des Vertrags eine „selbständige" Geschäftsbesorgung bezeichnen, wenngleich zugegeben sei, daß jede Geschäftsbesorgung eine gewisse Selbständigkeit erfordert.

Das moderne Kommissionswarengeschäft.

§ 8.

Das Kommissionswarengeschäft und das Bürgerliche Gesetzbuch.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat unser Geschäft, wie erwähnt, nicht geregelt. Darum ist der Vertrag seit dessen Inkrafttreten aber nicht verschwunden oder unzulässig geworden. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nur „einzelne" Schuldverhältnisse regeln, im übrigen aber dem Parteiwillen keine Schranken setzen wollen. Dabei gilt nun für das

---

[9]) Wie weit er daneben das Interesse des Feilgebers berücksichtigen muß, hängt von der Art des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ab.

Kommissionswarengeschäft die Besonderheit, daß es im Gegensatz zu den übrigen „unbenannten" Verträgen ein Vertragstypus ist. Gleich den Schuldtypen im Bürgerlichen Gesetzbuch hat es seine Essentialien, seine Voraussetzungen und Wirkungen, die durch die Parteiwillkür nicht jeweils erst geschaffen werden, sondern stets gleichbleibend vorhanden sind. Wenn es demnach im Bürgerlichen Gesetzbuch auch nicht geregelt ist, so treten doch bei ihm, wie bei jedem Schuldtypus des Bürgerlichen Gesetzbuches, ganz von selbst alle die Folgen ein, durch die der Vertragszweck erreicht wird. Es bedarf hierzu nur einer Einigung der Parteien über die Vertragsessentialien.

§ 9.

Die begriffliche Möglichkeit einer verschiedenartigen Gestaltung des Vertrags. (Konstruktionsfrage.)

Die Frage nach der Konstruktion des contractus aestimatorius ist uralt und trotz der reichhaltigen, bis in die neueste Zeit reichenden Literatur bis heute noch nicht gelöst. Alle bisherigen Konstruktionsversuche haben zu keinem befriedigenden Resultate geführt; sie sind daran gescheitert, daß die Konsequenzen, die man aus ihnen ziehen mußte, nur für einen Teil der im Leben vorkommenden Fälle paßten, für andere aber absolut unanwendbar waren. Das war, wie schon oben hervorgehoben, auch einer der Gründe, warum der Gesetzgeber den Vertrag nicht geregelt hat.

In der Literatur lassen sich nun bezüglich der Konstruktion zwei Gruppen von Meinungen unterscheiden:

1. Die einen sehen in dem Vertrage nur eine species venditionis, locationis, mandati oder societatis und sprechen ihm jede selbständige Existenzberechtigung ab. So kommt z. B. Reinhold, der dieser Frage seine ganze Abhandlung widmet, zu dem Ergebnis, daß „der Trödelvertrag und der Kauf auf Besicht juristisch ein und derselbe Vertrag ist",[1]) und er folgert daraus als „Hauptergebnis" seiner Untersuchung: „der sogenannte Trödelvertrag ist kein ‚eigener', auch

[1]) Reinhold S. 28.

kein ‚zweideutiger' (unter Anspielung auf Brinz' Behauptungen) Vertrag; er ist ein einfacher, bedingter Kaufvertrag.[2])

Andere wie z. B. Baron sehen in dem Vertrag nur ein mandatum mea et tua gratia[3]) oder eine Verkaufskommission[4]) und leugnen aus diesem Grunde seine Existenzberechtigung.

2. Demgegenüber wird von anderer Seite anerkannt, daß der Vertrag seinen eigenen Zweck, Inhalt und eigene Existenzberechtigung habe. Nur begehen sie den Fehler, in ihm einen Vertragstypus zu konstruieren, der in gewolltem Gegensatz steht zu Kauf, Sozietät, Mandat, Dienst- und Werkvertrag. Namentlich kommen Koch und Schneemann, die den größten Teil ihrer Dissertation dieser Frage widmen, zu diesem Ergebnis.[5]) Letzteres ist auch teilweise in die Lehrbücher übergegangen.[6])

Andere wiederum vertreten prinzipiell dieselbe Auffassung, unterscheiden sich aber von jenen insofern, als sie aus Zweckmäßigkeitsgründen den Vertrag auf kürzere Formen zurückführen wollen. So sagt Friedrichs: „Wenn der Trödelvertrag ... durch die angeführten Essentialien vollständig charakterisiert ist, so hat doch die Aufzählung derselben stets etwas Schleppendes und es fragt sich, ob der Vertrag nicht in kürzerer Form gekennzeichnet (!) und konstruiert werden kann." [7]) Er kommt dabei zu dem Ergebnis, in dem Vertrage die „Verbindung eines suspensiv bedingten Kaufs mit einem suspensiv bedingten miet- oder leihähnlichem Geschäft" zu sehen.[8]) Auch in der neusten Literatur wird in dem Vertrage eine Kombination von Kauf mit einem leih- bezw. einem mandatartigen Geschäft gesehen.[9])

---

[2]) Reinhold S. 30; zu ähnlichem Resultate war vor ihm schon Chambon gekommen (vgl. Chambon S. 76 ff.; auch Hirschberg S. 66 f. und zur Kritik Koch S. 13 ff. und Michaelis S. 22 ff.).

[3]) Baron a. a. O. § 307.

[4]) vgl. hierzu die Literatur bei Friedrichs S. 20 f.

[5]) vgl. Koch S. 2—21; Schneemann S. 28—39; ebenso Michaelis S. 21—37; Wohlfarth S. 6—12.

[6]) vgl. Windscheid S. 574 f. Anm. 1—5; z. T. Endemann S. 1021 Anm. 22.

[7]) Friedrichs S. 23.

[8]) Friedrichs S. 27; auch bei Cosack S. 491 § 138 I wird der Vertrag der Miete „nahegestellt".

[9]) vgl. die geistreichen, aber unhaltbaren Ausführungen Marweges S. 43—51.

Gleich hier sei die Konstruktion als leihe- oder mietartiges Geschäft zurückgewiesen. Man verleiht, um dem andern den Gebrauch der Sache (und zwar unentgeltlich)[10] zu überlassen. Der Feilhalter soll aber weder, noch darf er die Ware gebrauchen. Er darf das Buch nicht in seine Bibliothek stecken, das Bild nicht in seinen Salon hängen, den Phonographen nicht benutzen. Vielmehr soll er sie nur weiterverkaufen. Die Leihe geht demnach auf Gebrauchsüberlassung, das Kommissionswarengeschäft auf Güterumsatz. Bei solch prinzipiellem Unterschiede kann von Ähnlichkeit keine Rede sein. — Ähnlich erschöpft sich die Miete in einem uti (frui) licere und der Feilhalter kann deshalb als Mieter der Kommissionsware nicht in Betracht kommen.[11])

3. M. E. ist der Vertrag ein selbständiger Vertrag mit eigenem Inhalt und eigenem Zweck, mit der Besonderheit aber, daß ihm gegebenenfalls ein Kauf, Dienst-, Werk-, Gesellschaftsvertrag oder ein Mandat zugrunde liegt. Das sei hier nachgewiesen:

Der Tatbestand des Vertrags umfaßt, wie oben ausgeführt, drei Stücke: aestimatio, vendendum dare und das Wahlrecht. Zwei Stücke davon regeln das Verhältnis der Parteien zueinander (vendendum dare und Wahlrecht); das dritte, die aestimatio, schafft die Grundlage für die Stellung des Feilhalters nach außen. Für das Innenverhältnis ist nun bestimmt, daß der Feilhalter eine Verkaufstätigkeit (vendendum dare) entwickeln und darnach zwischen Rückgabe und Preiszahlung wählen soll (reddere aut rem aut aestimationem). Für das Außenverhältnis ist gesagt, daß der Feilhalter die Bedingungen des Verkaufs vollkommen selbständig bestimmen und den etwaigen Mehrerlös für sich behalten darf. Um dies zu ermöglichen, ist von vornherein die Summe festgelegt, die er beim etwaigen Weiterverkauf heimbringen soll (aestimatio). Wir haben deshalb ein doppeltes Verhältnis des Feilhalters zu unterscheiden:

I. Selbständigkeit nach außen (bei den Bedingungen des Verkaufs),

II. eine gewisse Gebundenheit nach innen (bei der Tätigkeit des Verkaufs).

---

[10]) Die Entgeltlichkeit beim Kommissionswarengeschäft gibt aber Marwege S. 45 selbst zu.

[11]) Weitere Gegengründe gegen die Konstruktion als mietartiges Geschäft bei Brinz S. 5; Koch S. 2; Cohn S. 50; Endemann S. 1021 Anm. 22; Crome S. 714 Anm. 2.

Die Stellung nach außen ist naturgemäß immer dieselbe; dagegen läßt die Stellung zwischen den Parteien, namentlich der Grad der Gebundenheit, die verschiedensten Variationen zu.

Wir haben oben schon darauf hingewiesen, daß das vendendum dare bedeuten kann sowohl Ermächtigung zum Verkauf als auch Verpflichtung zum Verkauf und haben demgemäß zwischen Berechtigungs- und Verpflichtungsfällen unterschieden.

1. Was nun die Berechtigungsfälle betrifft, so geht hier die Verpflichtung des Feilhalters einzig und allein auf Preiszahlung.[12]) Ob er die Sache weiterverkauft, ist rechtlich vollkommen gleichgültig. Der Feilgeber erwartet zwar, daß ihn die Aussicht auf den etwaigen Mehrerlös beim Weiterverkauf hierzu anspornen werde, und hat ihm auch nur in dieser Erwartung die Sache hingegeben; aber diese Erwartung ist eben nur ein Motiv zum Abschluß des Vertrags gewesen, durch das eine rechtliche Bindung nicht herbeigeführt wird. Die Art der subjektiven Berechtigung des Feilhalters ist hier also ein Recht des rechtlichen Könnens; sogen. Kannrecht. Der Feilhalter ist nach seinem Belieben ermächtigt als Verkäufer aufzutreten, kann dazu aber nicht gezwungen werden. Geht aber demnach der Anspruch des Feilgebers nur auf Preiszahlung und das Geschäft auf Güterumsatz gegen Geld, so sind alle Begriffsmerkmale des Kaufs gegeben und dem Geschäft liegt somit ein Kauf zugrunde. Dies war auch die Auffassung der Römer, wenn die Quellen sagen: fuit magis dubitatum, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem d. h. in den Fällen, wo der Anspruch nur auf die aestimatio ging, lag dem Geschäft ein Kauf zugrunde. Genauer: ein alternativ bestimmter Kauf, da der Feilhalter kraft seiner facultas alternativa jederzeit das Recht hatte, die Sache zurückzugeben. Das gilt auch heute noch. — Bei den Berechtigungsfällen ist also der Feilhalter als bedingter Käufer der Ware anzusehen und zu behandeln,[13]) soweit sich aus dem Zweck des Geschäfts nicht ein anderes ergibt.[14])

[12]) vgl. oben S. 13.

[13]) Nicht etwa als Probekäufer! (vgl. hierzu Koch S. 13ff.; Marwege S. 52ff.); hinzufügen möchte ich nur den praktischen Unterschied in der Frage der Gefahrtragung bei zufälligem Untergang oder Verschlechterung der Sache; beim Kauf auf Probe trägt den Schaden der Verkäufer (Crome, BGB. § 2256 S. 486), beim Kommissionswarengeschäft dagegen der Feilhalter (vgl. unten S. 49ff).

[14]) z. B. darf er die Ware vor der Preiszahlung nur zu Weiterverkaufszwecken benutzen, event. Schadensersatz.

2. Ganz anders liegt das Verhältnis der Parteien bei den Verpflichtungsfällen. Während bei den bisherigen Fällen dem Feilhalter jeder rechtliche Einfluß auf die Verkaufstätigkeit des andern versagt ist und demgemäß sein Anspruch von vornherein auf die aestimatio gerichtet sein muß, ist das Charakteristische dieser Fälle, daß der Feilhalter in erster Linie eine Tätigkeit leisten soll. Ob er den Preis heimbringt, kommt erst in zweiter Linie in Betracht. Denn dies hängt ja größtenteils erst davon ab, ob und in welcher Weise die erste Leistung — die Verkaufstätigkeit — ausgeführt wird. In diesen Fällen liegt dem Geschäft ein Arbeitsvertrag zugrunde.

Welcher Arbeitsvertrag jedoch, läßt sich einheitlich nicht sagen. Es sind gegebenenfalls verschiedene Möglichkeiten denkbar.

a) Man denke zunächst z. B. den Fall, ähnlich wie der in RG. 3 S. 153: ein Bäckermeister gibt jemand Backwaren in Kommission die er bei einem Volksfeste feilbieten soll. Hier hat nach dem ganzen Zweck des Geschäfts der Feilhalter ein ganz bestimmtes Arbeitsquantum zu leisten. Er darf die Backwaren nicht etwa in sein eigenes Schaufenster zum Verkaufe legen, darf auch nicht an irgend einem beliebigen Ort die Waren feilbieten, sondern es ist ihm genau vorgeschrieben: auf dem Festplatze umherzuziehen und dort die Waren loszuschlagen. Es liegt dem Geschäfte also ein Dienstvertrag zugrunde: der eine stellt seine Arbeitskraft für den Weiterverkauf zur Verfügung und der andere erhält die durch Festsetzung der aestimatio „vereinbarte Vergütung".[15])

Das war schon die Auffassung der Römer, wenn die Quellen sagen: fuit dubitatum, utrum ... sit actio ex conducto quasi operas conduxissem (l. 1 pr. D. ht. 19, 3). Warum trotz Annahme eines Dienstvertrages die Römer späterhin die actio conducti nicht gewährten, ist oben schon erörtert worden.[16]) Jedenfalls bestand für sie kein Gegensatz zwischen den beiden Verträgen. Solche sind in der Literatur erst künstlich und mit z. T. recht bedenklicher Begründung geschaffen worden. So meint Chambon, es sei die angebliche Un-

[15]) Da übrigens die Vergütung in einem Teil des Arbeitsvertrages besteht, so ist es richtiger, von einem Quotaldienstvertrag zu sprechen (vgl. dessen Definition bei Crome, Part. Rechtsgesch. S. 156 in Verbindung mit S. 31 a. a. O.). Wohl mit Unrecht weist Crome übrigens jede direkte Beziehung zwischen „Trödelvertrag" und partiarischem Rechtsgeschäft zurück (vgl. hierzu Crome a. a. O. S. 24f.).

([16]) vgl. oben S. 7.

entgeltlichkeit der Dienstleistungen des Tröblers.[17]) Brinz behauptet, es sei die Ungewißheit seines Lohns.[18]) Mit Recht aber haben Koch und Marwege beides zurückgewiesen.[19]) Auch die Behauptung Friedrichs, der Feilhalter „sei im Gegensatz zum Dienstverpflichteten zu seiner Tätigkeit verpflichtet",[20]) ist hinfällig;[21]) ebenso die Ansicht von Marwege, daß bei einer locatio conductio nicht „eine bedingte alternative Verpflichtung zur Sachrückgabe oder Preiszahlung" vorkommen könne.[22]) — Nach heutigem Recht bildet die Lohnfrage umsoweniger Bedenken, als jede „vereinbarte Vergütung"[23]) zulässig ist. Bedenken gegen unsere Konstruktion, daß dem Geschäft in diesem Falle ein Dienstvertrag zugrunde liegt, sind also nicht vorhanden.

b) Nun gibt es ferner Fälle, wo es weniger auf das bei der Verkaufstätigkeit zu leistende Arbeitsquantum, als vielmehr nur auf das Ergebnis dieser Arbeit, den Weiterverkauf, ankommt. Man denke den Fall, daß einem Juwelier Goldwaren oder dem Inhaber eines Kunstsalons Bilder in Kommission gegeben werden. Hier besteht die Verkaufsverpflichtung lediglich darin, daß der Feilhalter die Goldwaren in seinem Fenster in ordentlicher Weise zum Verkaufe auslegt, oder die Bilder in seinem Salon an passender Stelle aufhängt, angemessene Preise fordert und ähnliches. Im übrigen ist die Art und das Maß seiner Verkaufstätigkeit rechtlich unerheblich. Hier liegt dem Geschäft ein Werkvertrag[24]) zugrunde, wie schon übereinstimmend die Quellen sagen: fuit ... dubitatum, utrum ... sit actio ... ex locato, quasi rem vendendam locasse videor (l. 1 pr. D. ht. 19, 3).

c) Ferner gibt es aber noch Fälle, wo der Weiterverkauf nur aus Gefälligkeit übernommen wird. Man denke z. B. ein Bauer A gibt einem anderen B, der gerade Obst zum Markte fährt, Äpfel zum Verkaufe mit, und zwar, damit B deren Verkauf nicht über dem Verkauf

[17]) Chambon S. 100.
[18]) Brinz S. 6ff.; Wohlfarth S. 8.
[19]) vgl. Koch S. 4; Marwege S. 61.
[20]) Friedrichs S. 22.
[21]) vgl. oben S. 25.
[22]) Marwege S. 62.
[23]) vgl. dazu Crome, BGB. S. 646, 35 und Crome, Part. Rechtsgesch. S. 142ff.
[24]) BGB. § 631.

der eigenen Äpfel vernachlässigt, „in Kommission". B will die Ware wie seine eigene feilbieten und für jedes verkaufte Pfund 10 Pf. zurückbringen. B will bei dem Weiterverkauf nichts verdienen, jedoch ist es selbstverständlich, daß beim Erzielen höherer Preise ein etwaiger Mehrerlös ihm gehört. Hier wird der Verkauf aber nicht um dieses Mehrerlöses willen, sondern aus Gefälligkeit und unentgeltlich übernommen: dem Geschäfte liegt hier also ein Auftrag zugrunde, wie dies schon in den Quellen hervorgehoben wird.[25]) Sollte nun ein Mehrerlös wirklich erzielt werden, so wird dadurch die Unentgeltlichkeit des Geschäfts nicht nachträglich in Frage gestellt; denn er hat hier nicht den Charakter einer Gegenleistung, eines Honorars für die Verkaufstätigkeit und verändert daher den Charakter des Auftrags nicht.[26])

d) Während bei allen bisherigen Fällen bald das Interesse des Feilhalters (bei den Berechtigungsfällen), bald dasjenige des Feilgebers (Verpflichtungsfälle ad a—c) im Vordergrunde stand, gibt es noch Fälle, wo jeder von beiden Teilen in der Verkaufstätigkeit die Förderung eines gemeinsamen Interesses sieht. Man denke den Fall, daß ein Automobilfabrikant einem Großkaufmann seine Erzeugnisse zum Alleinvertrieb in Kommission gibt, was namentlich beim Vertrieb ins Ausland vorkommt. Hier bringt es die Größe und die Art des Geschäfts mit sich, daß die Parteien in ein außerordentlich enges Verhältnis zueinander treten; daß die von jedem verfolgten Zwecke nicht bloß äußerlich parallel gehen, sondern innerlich identisch sind. Meist wird dies aus besonderen Nebenvereinbarungen hervorgehen, z. B. wenn dem Verkäufer ein gewisser Einfluß auf Bauart und Konstruktion der Wagen eingeräumt wird, beide Parteien auf gemeinsame Kosten eine Fachausstellung beschicken, ihre Wagen an einem Rennen teilnehmen lassen oder sonstwie zu erkennen geben, daß der Verkauf einen ihnen beiden gemeinsamen Gesellschaftszweck darstellt: hier liegt dem Geschäft ein Gesellschaftsvertrag zugrunde. Schon in den Quellen wird auf die Möglichkeit einer derartigen Konstruktion ausdrücklich hingewiesen: si margarita tibi vendenda dedero . . . mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem

---

[25]) vgl. l. 1 pr. D. ht. 19, 3 u. Windscheid S. 574 § 383 Anm. 2.

[26]) Über den Begriff der Unentgeltlichkeit vgl. Crome, BGB. § 253, 20 u. Riezler a. a. O. S. 74.

si minus, praescriptis verbis.[27]) In der Literatur haben auf Grund dieser nicht mißzuverstehenden Quellenstelle manche, z. B. Chambon, Friedrichs und Liebert, hier in der Tat offen zugegeben, daß zwischen beiden Verträgen ein Gegensatz nicht bestehe,[28]) während andere trotzalledem künstlich einen Unterschied zu konstruieren versucht und um nicht mit den Quellen in Widerspruch zu geraten, einfach erklärt haben, daß „die zitierte Stelle gar nicht vom contractus aestimatorius handele".[29]) — Daß schon bei den Römern eine Gesellschaft derart möglich war, daß der eine die Ware, der andere seine Dienste leistet, hat Crome ausführlich nachgewiesen.[30]) Heute bietet nach BGB. §§ 705/6 Abs. 3 eine derartige Konstruktion keine Schwierigkeiten.[31])

Wir kommen demnach zu dem Resultat: der den Verpflichtungsfällen zugrunde liegende Arbeitsvertrag ist entweder ein Dienst- oder Werkvertrag, ein Mandat oder eine Sozietät, und wir wollen demgemäß unterscheiden die Gruppe der lokations-, mandats- und sozietätsartigen Fälle.

Fassen wir zum Schluß nochmals alle Konstruktionsmöglichkeiten zusammen, so erhalten wir folgendes Bild:

I. nach außen: eigenartige Selbständigkeit des Feilhalters,

II. nach innen: gewisse Gebundenheit. Zu unterscheiden sind

1. Berechtigungsfälle (zugrunde liegt ein Kauf; „Kannrecht"),
2. Verpflichtungsfälle („Sollrecht"). Zugrunde kann liegen:
   a) ein Dienstvertrag } lokationsartige,
   b) ein Werkvertrag }
   c) ein Auftrag: mandatsartige,
   d) eine Gesellschaft: sozietätsartige Fälle.

---

[27]) l. 44 pr. D. 17, 2.

[28]) Chambon S. 108ff.; Friedrichs S. 22; Liebert S. 47ff.; ebenso auch Windscheid S. 575 Anm. 4.

[29]) Koch S. 19; Cohn S. 53f.; Marwege S. 66.

[30]) Crome, Part. Rechtsgesch. S. 8ff. u. die dort zitierten Quellenstellen.

[31]) vgl. Crome, Part. Rechtsgesch. S. 10ff.

§ 10.

Die einzelnen Gruppen von Fällen.

Eine Übersicht aller denkbaren Fälle zu geben, ist natürlich ausgeschlossen. Nur einige Kategorien von Fällen können hier aufgeführt werden, die in ihrer regelmäßigen Gestaltung unter die eine oder andere Gruppe fallen.

1. So gehört zu den Berechtigungsfällen in erster Linie das buchhändlerische Konditionsgeschäft. Es werden hierbei dem Sortimenter (= Feilhalter) von dem Verleger (= Feilgeber) Bücher zum Verkaufe übergeben mit der Bestimmung, binnen bestimmter Zeit entweder das Buch zurückzuliefern oder den Buchhändler-Nettopreis dafür zu zahlen.[1]) — Ferner gehören hierher das Kunst- und Musikaliensortiment; die Fälle, wo Uhren, Gold- und Silberwaren, Schuhwaren, Musikinstrumente u. a. m. größeren Kaufhäusern in Kommission gegeben werden. Sind die Feilhalter dabei Großkaufleute, so kann man annehmen, daß eine bloße Verkaufsberechtigung gewollt ist, während im übrigen der einzelne Fall auf diese Frage hin zu untersuchen ist.

2. Die Verpflichtungsfälle und zwar die Fälle mit Dienstvertrag sind vielfach daran kenntlich, daß noch eine besondere Provision[2]) neben dem etwaigen Mehrerlös gewährt wird. Das gilt namentlich für die Kommissionswarengeschäfte mit Zeitungs- und Blumenverkäufern, die in Norddeutschland üblichen Verträge zwischen Bäckern und Brotausträgern;[3]) vielfach die Geschäfte zwischen Konditoren und Eis- und Backwarenverkäufern, zwischen Brauereien und Bierfahrern,[4]) die Verträge mit umherziehenden „Trödlern", Kolporteuren und Tabulettkrämern und viele andere Fälle mehr, wo eine Verkaufstätigkeit durch Umherziehen, Reisen, Ausbieten . . . geleistet werden soll.

---

[1]) Über die Zugehörigkeit des Geschäfts zu den Kommissionswarengeschäften vgl. oben S. 13 Anm. 5; ferner Hirschberg S. 80f.; Marwege S. 66ff.; über den deutschrechtlichen Ursprung Hirschberg S. 5ff.; Friedrichs S. 3; über die bloße Verkaufsberechtigung des Sortimenters Buhl S. 165; Weidling S. 78 und Marwege S. 69 und die dort Zitierten.

[2]) vgl. unten S. 40f.

[3]) vgl. dazu Marwege S. 14.

[4]) vgl. Liebert S. 4 Anm. 1.

b) Zu den Fällen mit Werkvertrag gehören vor allem die Geschäfte, die Maler, Bildhauer . . . mit Ausstellungen, Kunsthändlern und Kunstinstituten abschließen, um ihre Kunstwerke zum Verkauf zu bringen. Ferner die Verträge zwischen Brauereien und Wirten, zwischen Wirt und Schankkellner,[5]) überhaupt alle die Fälle, wo das zum Verkaufe erforderliche Maß der Dienstleistungen keine Rolle spielt.[6])

c) Die Gruppe der mandatsartigen Fälle umfaßt die Gefälligkeitsgeschäfte d. h. die Fälle, wo der Weiterverkauf unentgeltlich übernommen wird. Es sind Einzelgeschäfte des bürgerlichen Lebens. Im Geschäftsleben sind sie weniger denkbar, da hier keine Tätigkeit übernommen wird, die nicht ihren Lohn verspricht. Eine Aufzählung im einzelnen ist natürlich undenkbar.

d) Ebensowenig lassen sich bei den sozietätsartigen Fällen alle die Geschäfte aufzählen, die eine derartige Gestaltung zulassen. Charakteristisch für sie ist, daß beide Teile in dem Weiterverkauf die Erreichung eines bewußt gemeinsamen Zweckes sehen. Wie sich im übrigen diese bewußte Gemeinsamkeit äußern soll, bleibt der Vertragsfreiheit der Parteien überlassen. Hervorgehoben sei jedoch, daß beide Teile sich auch wirtschaftlich gleichberechtigt gegenüberstehen müssen. Ausgeschlossen sind hier also Geschäfte zwischen Fabrikanten und Hausierern, zwischen Großkaufleuten und kleinen Ladenbesitzern. Hier fehlt der „Geist der Gleichheit und Brüderlichkeit",[7]) das jus quodammodo fraternitatis, der animus contrahendae societatis, der hier unbedingt erforderlich ist.

§ 11.
Das Kommissionswarengeschäft im Vergleich zu anderen Rechtsgeschäften.

Zum Vergleich seien hier nur einige Geschäfte herangezogen, bei denen ebenfalls durch die Tätigkeit einer Mittelsperson eine neue Absatzgelegenheit geschaffen werden soll.

---

[5]) Der Wirt übergibt seinem Kellner ein Faß Bier zum Verkauf. Verzapft dieser es ganz, so sollen ihm z. B. 1000 Glas berechnet werden, was er mehr verschänkt, ist sein Vorteil.

[6]) Zum Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag vgl. Riezler a. a. O. S. 41ff.

[7]) Crome, Part. Rechtsgesch. S. 10.

1. Hierher gehört in erster Linie die Verkaufskommission. Auch hier ist Gegenstand des Vertrags eine Geschäftsbesorgung, die auf Weiterveräußerung geht. Auch hier liegt im Innenverhältnis ein Auftrag, ein Dienst- oder Werkvertrag vor; auch hier die gleiche Stellung der Mittelsperson nach außen: Auftreten im eigenen Namen als Propreverkäufer.

Beide Geschäfte unterscheiden sich aber zunächst darin, daß der Kommissionär über das ganze Geschäft Rechenschaft zu geben, Order zu parieren und das Interesse des andern in jeder Weise wahrzunehmen hat; der Feilhalter dagegen selbständig und unabhängig ist[1]) und vorwiegend im eigenen Interesse handelt. Er hat höchstens die Pflichten, die eine etwaige Verkaufsverpflichtung mit sich bringt.[2]) Niemals aber hat er über die Höhe des Verkaufspreises, wie überhaupt über die Bedingungen des Geschäfts Rechenschaft abzulegen.[3])

Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß der Kommissionär im Gegensatz zum Feilhalter für fremde Rechnung verkauft.[4]) Beim Kommissionsgeschäft trifft aller Gewinn und Verlust des Verkaufs nur den Kommittenten, der allein auch das ganze Risiko des Geschäfts trägt; beim Kommissionswarengeschäft trägt dagegen der Feilgeber nur das Risiko der Unverkäuflichkeit; zu welchen Bedingungen im übrigen die Ware losgeschlagen wird, ist ihm gleichgültig. Daher ist die Persönlichkeit des Verkaufenden beim Kommissionswarengeschäft von untergeordneter Bedeutung; ob dieser ein tüchtiger Geschäftsmann ist, der günstige Konjunkturen auszunutzen, hohe Verkaufspreise zu erzielen und geringe Spesen zu machen versteht, kann für den Feilgeber gleichgültig sein; er erhält ja in jedem Falle nur die im voraus bestimmte aestimatio. Ganz anders der Kommittent. Er ist von der Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit des Verkäufers abhängig, da alle dessen Kosten zu seinen Lasten und alle von ihm erzielten Geschäftsvorteile zu seinen Gunsten fallen. Der Kommittent trägt also nicht nur das ganze Geschäftsrisiko, sondern auch das Risiko für die Tüchtigkeit des Verkäufers. Die Persönlichkeit dieses Verkäufers steht hier, beim Kommissions-

---

[1]) vgl. hierzu Hirschberg S. 23 ff.

[2]) s. unten S. 42 ff.

[3]) vgl. auch Crome, BGB. S. 714; Dernburg S. 513, 3a.

[4]) vgl. dazu Arnold S. 55 ff.; Marwege S. 64; Dernburg S. 513 3a und b.

warengeschäft dagegen die Eigenschaft der Sache als Kommissionsware im Vordergrund des Parteiinteresses.

2. Zum Verkaufsagenten. Auch dieser Vergleich liegt nahe. Verkaufsagent wie Feilhalter sollen eine neue Absatzgelegenheit schaffen; beide sind selbständige Geschäftsleute; auch haben beide ihre Kosten und Auslagen, namentlich Reklamekosten, Ladenmiete, Reisespesen usw. selbst zu tragen. Sie unterscheiden sich aber wesentlich dadurch, daß der Verkaufsagent nach außen lediglich als Vertreter seines Geschäftsherrn auftritt, in dessen Namen er den Verkauf abzuschließen oder zu vermitteln oder dessen Interessen er bei allen seinen Verrichtungen allein wahrzunehmen hat. Für den Feilhalter dagegen gilt das gleiche, was schon beim vorigen Vergleich hervorgehoben wurde. Er handelt vorwiegend selbständig, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Es gilt für ihn nicht das Verbot schädigender Konkurrenz, er braucht nicht im Interesse des andern die Kreditwürdigkeit des Kunden zu prüfen, auch hat er nur in beschränktem Maße Rechenschaft zu legen und Order zu parieren. Daneben besteht auch in der Lohnfrage ein erheblicher Unterschied: Der Feilhalter ist prinzipiell nur auf den ungewissen Mehrerlös beim Verkaufe angewiesen, der Verkaufsagent dagegen erhält seine feste Provision. Für ihn sind daher die Verkaufsbedingungen unmittelbar ohne Interesse, denn mögen sie noch so ungünstig sein, er hat doch seinen Lohn verdient, sobald der Verkauf überhaupt zur Ausführung gelangt ist.

Die praktische Folge hiervon ist, daß der Agent beim Verkauf nur die unterste Grenze für einen gewinnbringenden Weiterverkauf im Auge hat. Der Agent sieht in erster Linie auf die Menge, der Feilhalter dagegen auf die Güte des Geschäfts.[5]) Im übrigen gelten hinsichtlich der Risikofrage die schon beim vorigen Vergleich hervorgehobenen Unterschiede.

3. Zum Verkaufsmäkler. Gemeinsam ist beiden Geschäften, daß durch sie eine neue Absatzgelegenheit geschaffen werden soll und Mäkler wie Feilhalter selbständige Unternehmer sind, die ihre Kosten selbst zu tragen haben. Den Unterschied bildet die Art und Weise

[5]) Doch eignet sich unser Geschäft ebensogut zu Massenumsätzen, namentlich für Saison- und Modeartikel, da hier der Feilhalter mit einem Minimalgewinn zufriedengestellt ist und nicht auf die Güte der Verkaufsbedingungen zu sehen braucht.

der Vermittlertätigkeit: der Mäkler bahnt nur den Verkaufsabschluß zwischen den beiden Interessenten an, er soll die beiden nur einander zuführen.[6]) Der Feilhalter tritt dagegen selbst als Verkäufer auf und schließt im eigenen Namen das Geschäft ab. Die Tätigkeit des ersteren ist tatsächlicher,[7]) die des Feilhalters vorwiegend rechtlicher Natur.[8]) Der Mäkler ist nur ein neues Glied in der Kette der Zwischenhändler, der Feilhalter dagegen vermittelt unmittelbar den Güterumsatz zwischen Produzent und Konsument. Er ist dabei weder Vertreter des Fabrikanten, da er im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handelt, noch Zwischenhändler, da sein Mehrerlös keine Zwischenhändlerprovision darstellt.[8]) Er ist ein Mittelding zwischen beiden und gleicht deren Gegensätze aus. In unserer Zeit, wo alles auf Beseitigung des Zwischenhandels drängt, wo die Fabrikanten sich gezwungen sehen, zur Ersparung der Zwischenhändlerprovision eigene Verkaufsläden zu errichten, dürfte dieser Gesichtspunkt ganz besonders hervorgehoben zu werden verdienen. Fassen wir zum Schluß die hauptsächlichsten Vorteile des Kommissionswarengeschäfts zusammen. Sie bestehen

1. vom Standpunkte des Feilgebers: in dem kostenlosen Schaffen einer neuen Absatzgelegenheit, in Verminderung des Zwischenhandels, Verringerung des Geschäftsrisikos und des Risikos für die Tüchtigkeit des Verkäufers. Der Nachteil, daß der Feilgeber auch bei dem günstigsten Verkaufe nur die aestimatio erhält, wird durch die kostenlose Tätigkeit des Feilhalters wieder ausgeglichen;

2. vom Standpunkte des Feilhalters in dem Schaffen einer selbständigen Unternehmerstellung ohne die Notwendigkeit eines eigenen Warenlagers, daher Geld und Kreditersparnis, vermindertes Geschäftsrisiko und die Möglichkeit, bei größerer Auswahl der Waren zu billigeren Preisen zu verkaufen.

---

[6]) vgl. Crome, Part. Rechtsgesch. S. 412.

[7]) vgl. hierzu Crome, Part. Rechtsgesch. S. 412 ff.

[8]) Ähnlich Crome, BGB. S. 714 zu Anm. 3 und Endemann S. 1021 Anm. 22.

[8]) Denn der Feilhalter verkauft zum Tauschwert (vgl. oben S. 11) der Zwischenhändler dagegen erhöht den Tauschwert.

Die Behandlung des Kommissionswarengeschäfts nach modernem Recht.

§ 12.

Quellen für die Behandlung.

Hier kommen zunächst alle zwingenden und ergänzenden Rechtsnormen in Betracht, die in bisherigen Gesetzen[1]) enthalten waren. Sie dienen heute noch als Auslegungsregeln; indes ist ihr Wert ziemlich zweifelhaft, da zwischen den einzelnen Gesetzbüchern zu viele Kontroversen bestehen.[2])

Bedeutungsvoller schon sind die Usancen, die sich für den Handel mit Uhren, Gold- und Silberwaren, für den Kunsthandel[3]) und namentlich für das buchhändlerische Konditionsgeschäft[4]) entwickelt haben. Zu beachten ist jedoch, daß Kenntnis der Usance immer Voraussetzung ihrer Anwendbarkeit ist. Daneben haben noch viele Buchhändler besondere Bestimmungen als „lex contractus" für den Verkehr mit ihrer Firma aufgestellt.[5])

Vor allem sind aber von Bedeutung die Bestimmungen über die im Einzelfalle zugrundeliegenden Verträge. Dahin gehören die Rechtsnormen über Kauf, Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag, Geschäftsbesorgung und Gesellschaft.[6]) Sie gelten natürlich nur so weit, als sie nicht mit den offenbaren Absichten der Parteien und dem Zweck des

---

[1]) s. z. B. oben S. 1.

[2]) vgl. dazu Michaëlis S. 56ff.

[3]) vgl. Marwege S. 6.

[4]) vgl. Schürmann, Die Usancen des deutschen Buchhandels 1867 und Wengler, Usancen-Kodex für Buchhändler 1859.

[5]) Z. B. die Geschäftsbedingungen des Berliner, Leipziger u. a. Verlegervereine (vgl. hierzu Weidling S. 47) und vor allem die vom Börsenvereine der deutschen Buchhändler aufgestellte Verkehrsordnung (BVO.), jetzt vom 8. 5. 1898. Sie gilt für die Mitglieder des Börsenvereins und solche Nichtmitglieder, die ihr ausdrücklich beigetreten sind (Genaueres BVO. § 2); für andere nur soweit, als ihre Bestimmungen mit den allgemein anerkannten Usancen übereinstimmen (Marwege S. 7). Über Gegensätze vgl. z. B. S. 49, 52, 57.

[6]) Ebenso Engelmann S. 382 f.; Windscheid S. 576.

Geschäfts in Widerspruch stehen. So sind z. B. — da es sich um eine „selbständige" Geschäftsbesorgung handelt — die Bestimmungen der §§ 667 (Herausgabepflicht) und 669 f. (Kostenersatzpflicht) überhaupt nicht, und die Bestimmungen der §§ 665 (Order parieren) und 666 (ausführliche Rechenschaftspflicht) nur beschränkt anwendbar.

Die Behandlung im einzelnen.

I. Das innere Verhältnis.

§ 13.

Pflicht zur Sachübergabe.

Die nächste Pflicht des Feilgebers ist, die Kommissionsware dem andern zum Verkauf zu übergeben. An sich stehen ihm dafür alle Arten der Besitzübergabe zu Gebote.[1]) Im Zweifel wird jedoch tatsächliche Übergabe verlangt; denn der Verkaufende will oder muß die Waren „feilhalten", und dazu ist ein Bereithalten derselben erforderlich.

Im einzelnen sei erwähnt, daß bei den lokationsartigen Fällen gemäß den Regeln des Dienstvertrages eine Pflicht zur Hingabe an sich nicht bestände.[2]) Indessen hat der Feilhalter nach dem ganzen Zweck des Geschäfts ein so ausgesprochenes und mit Rücksicht auf seine Lohnquelle ein auch so berechtigtes Interesse[3]) an der Leistung, daß ihm, entsprechend der Absicht der Parteien und dem Verkehrsbedürfnis, ein Anspruch auf Sachübergabe gewährt werden muß.

Umgekehrt wird man bei den mandatsartigen Fällen eine Pflicht zur Hingabe nicht anerkennen können. Der Feilhalter will hier dem andern nur eine Gefälligkeit erweisen; er hat also überhaupt kein Interesse an der Sachübergabe.

Bei den sozietätsartigen Fällen folgt die Hingabepflicht aus BGB. § 705, aus der Beitragsverpflichtung der Gesellschafter.

---

[1]) Marwege S. 81.

[2]) vgl. Crome, Part. Rechtsgesch. 192 ff.; Crome, BGB. S. 653, weil keine „Annahmepflicht" [vgl. dazu Dernburg, Pand. II S. 120 Nr. 2] der Dienste seitens des Herrn besteht.

[3]) vgl. BGB. § 615: Die „vereinbarte Vergütung" besteht an sich nur aus dem Mehrerlös, und der Feilhalter würde also u. a. leer ausgehen.

Bei den Berechtigungsfällen kann dagegen aus dem Vertrage selbst kein Anspruch auf Hingabe hergeleitet werden, da das Geschäft vor der Sachübergabe überhaupt noch nicht perfekt ist.[5] Wohl aber haftet der Feilgeber aus dem Vorvertrage, durch den er sich verpflichtet hat, Sachen als „Kommissionsware“[6] hinzugeben. Die praktischen Folgen dieses Unterschieds zeigen sich bei etwaiger Verletzung der Hingabepflicht. Ist z. B. die Kommissionsware nicht Eigentum des Feilgebers oder mit sonstigen Rechtsmängeln behaftet[7], die dem Verkauf der Ware von vornherein entgegenstehen, oder kommt der Feilgeber seiner Hingabeverpflichtung nicht rechtzeitig oder überhaupt nicht nach, so bestimmen sich die Rechte der Parteien bei den Verpflichtungsfällen nach den Regeln über gegenseitige Verträge (BGB. §§ 320 ff.), während bei den Berechtigungsfällen nur nach allgemeinen Grundsätzen auf Erfüllung und event. auf Schadensersatz geklagt werden kann. Bemerkt sei jedoch noch, daß nach den Absichten der Parteien auch hier der Grundsatz des § 321 Anwendung finden muß, wonach der Feilgeber bei nachträglicher, d. h. nach Abschluß des Vorvertrags eintretender wesentlicher Vermögensverschlechterung des Feilhalters berechtigt ist, die Warenlieferung bis zu etwaiger Sicherheitsleistung zu verweigern. Nach BVO. darf der Verleger die Lieferung von Fortsetzungen schon dann verweigern, wenn der Buchhändler die ihm gegenüber eingegangenen bisherigen Verpflichtungen nicht erfüllt hat.[8]

§ 14.

Belassen zum Verkauf.

Mit der Übergabe der Kommissionsware allein ist dem Feilhalter nicht gedient, nach herrschender Meinung muß sie ihm auch gewisse Zeit zum Verkauf belassen werden.[1]

---

[4] Man denke in dem obigen Beispiel (S. 26 c) den Fall, daß der Bauer inzwischen anderweitige Verkaufsgelegenheit findet. Hier wäre eine Verpflichtung zur Hingabe widersinnig.

[5] vgl. oben S. 18.

[6] Über den Unterschied siehe oben S. 18.

[7] Über Sachmängel siehe unten S. 39 f.

[8] Genaueres siehe BVO. § 6.

[1] Arnold S. 12; Friedrichs S. 15 f.

Wie lange jedoch, ist bis heute noch Streitfrage.

Glück und Chambon folgerten aus der Natur der actio praescriptis verbis, daß der Feilhalter die Ware jederzeit zurückfordern dürfe.[2]) Nach Treitschke, Merkel, Windscheid und Arnold[3]) hat der Richter hierüber jedesmal zu bestimmen, was jedoch praktisch undurchführbar ist. — Crome unterscheidet zwei Fälle, je nachdem eine Frist für die Rückgabe bestimmt ist oder nicht. Im letzteren Falle soll der Kommittent aus allgemeinen Grundsätzen nach angemessener Zeit kündigen können.[4])

Meines Erachtens lassen sich für diese Frage einheitliche Grundsätze überhaupt nicht aufstellen, vielmehr ist zwischen den einzelnen Gruppen von Fällen zu unterscheiden:

Für die Verpflichtungsfälle kann man allgemein nur sagen: solange der Feilhalter verpflichtet ist, sich um den Verkauf zu bemühen, kann er auch verlangen, daß ihm die Sache zum Verkaufe belassen wird, weil er ja auf den Mehrerlös beim Verkaufe angewiesen ist.[5]) Wann er sie zurückzugeben hat, bestimmt sich nach den Regeln des jeweils zugrunde liegenden Arbeitsvertrages.

Für die Dienstvertragsfälle kommen hier die Bestimmungen der §§ 620 ff. BGB. in Betracht. Darnach kann der Feilgeber die Kommissionsware nach einer jederzeit zulässigen resp. wenn der Kommissionswarenvertrieb die Erwerbstätigkeit des Feilhalters vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, nach 14tägiger Kündigung des Vertrags zurückfordern (vgl. BGB. § 623), z. B. weil sich ihm selbst eine Verkaufsgelegenheit bietet, ihm die Person des Feilhalters nicht mehr paßt, ihm dessen Tätigkeit nicht genügt oder aus beliebigem andern Grunde.

Ähnlich kann bei den Werkvertragsfällen gemäß BGB. § 649 die Rückgabe der Ware jederzeit ohne Angabe von Gründen verlangt werden. Die hierin für den Feilhalter liegende scheinbare Härte, wenn dieser z. B. den betreffenden Kommissionsartikel in seine Kata-

---

[2]) Glück S. 64; Chambon S. 48.

[3]) Treitschke S. 23; Merkel S. 598; Windscheid S. 3839; Arnold S. 13.

[4]) Crome, BGB. S. 715 Anm. 10; ähnlich Dernburg S. 512 § 348 I 1.

[5]) Die mandatsartigen Fälle bilden hiervon eine Ausnahme, weil der Feilhalter hier kein Interesse am Behalten hat.

loge aufgenommen, große Reklame- und Reisekosten für dessen Vertrieb aufgewendet hat und plötzlich die Waren zurückgeben muß, wird dadurch ausgeglichen, daß nach BGB. § 649 Satz 2 er berechtigt ist, die „vereinbarte Vergütung" d. h. den voraussichtlichen Mehrerlös beim Verkauf oder wenn die Verkaufsmöglichkeit zweifelhaft ist, eine Vergütung für das bereits geleistete Arbeitsresultat[6]) zu verlangen. Sollte sich dies nicht berechnen lassen, so kann er den Surrogatlohn[7]) aus BGB. § 632 fordern.

Bei den sozietätsartigen Fällen ist zu unterscheiden, ob eine Verkaufsfrist vereinbart worden ist oder nicht. Im ersteren Falle darf die Ware vorzeitig nur aus wichtigem Grunde (vgl. BGB. § 723 Satz 2), im übrigen jederzeit, doch nicht zur Unzeit[8]) zurückgefordert werden.

Die gleiche Unterscheidung gilt bei den Berechtigungsfällen. Bei Vereinbarung einer Verkaufsfrist[9]) darf die Ware vor deren Ablauf nur aus wichtigem Grunde zurückgefordert werden,[10]) z. B. weil der Feilhalter die Kommissionsware in sein Lager einreiht und absichtlich deren Verkauf unterläßt, oder sie von vornherein unausgepackt liegen läßt.[11])[12]) — Bei mangelnder Verkaufsfrist kann der Feilgeber dem andern jederzeit eine angemessene Frist setzen, nach deren Ablauf die Waren zurückzugeben sind.[13])

---

[6]) vgl. dazu Crome, P. R. S. 268 f.

[7]) vgl. Crome, P. R. S. 331 ff. u. 359 ff. (Nach Verkehrsauffassung will und soll der Feilhalter nur um Lohn arbeiten).

[8]) z. B. wenn dadurch in bereits schwebende Geschäftsmanipulationen eingegriffen wird.

[9]) Beim Konditionsgeschäft findet usancemäßige Ergänzung der Frist statt (s. oben S. 14 u. BVO. § 30).

[10]) Ausnahmsweise jederzeitiges Rückforderungsrecht bei Disponenten (BVO. § 11b) mit dreimonatlicher Kündigungsfrist (BVO. § 33e).

[11]) Arnold S. 13; für das Konditionsgeschäft Buhl S. 165 f.; a. M. Schürmann S. 16; Weidling S. 77.

[12]) Ferner beim Konditionsgeschäft: Nichterfüllung der Verbindlichkeiten in der Buchhändlermesse (BVO. § 28b).

[13]) vgl. auch Crome, BGB. § 273, 10 S. 715.

§ 15.

Haftung für Mängel.

In Betracht kommen hier nur Sachmängel. Die Rechtsmängel stellen eine Nichterfüllung des Vertrags und Verletzung der Hingabepflicht dar und sind schon oben berührt worden.[1])

In der Literatur ist die Mängelfrage ganz dürftig behandelt. Crome meint: „Der Kommittent stehe ungefähr da, wie ein Verkäufer."[2]) Indessen ist mit einem „ungefähr" der Praxis wenig gedient. Meines Erachtens muß man zur Beantwortung der Frage auf den dem Geschäfte jeweils zugrunde liegenden Vertrag zurückgehen. Für die Berechtigungsfälle sind demgemäß die Kaufregeln BGB. §§ 459 ff. anzuwenden.

Das gleiche gilt für die sozietätsartigen Fälle gemäß dem Grundsatz, daß Gesellschafter auf Grund BGB. § 493 für ihre eingebrachten Sachen, d. h. hier für die Kommissionsware wie Verkäufer haften.[3])

Bei den mandatsartigen Fällen haftet der Feilgeber wie bei jeder Geschäftsbesorgung[4]) für den Schaden,[4]) der dem andern durch die schlechte Beschaffenheit der Kommissionsware unmittelbar erwächst. Im übrigen kann der Feilhalter wegen eines durch mangelhafte Beschaffenheit unterbliebenen Weiterverkaufs keine Ersatzansprüche geltend machen, da der Verkauf für ihn ohne rechtliches Interesse ist.

Bei den Fällen mit Werkvertrag tritt die Frage in dem Gewande „der Verschlechterung, des Untergangs oder der Unausführbarkeit des Werks" — d. h. des Weiterverkaufs — an uns heran (BGB. § 645). Sie wird also erst nach vollendetem Weiterverkauf oder doch wenigstens im Hinblick auf denselben beurteilt. Der Feilhalter kann dann, wenn er z. B. nachweist, daß er die Kommissionsware wegen gewisser Mängel eventuell nur weit unter Preis oder überhaupt nicht hätte verkaufen können, einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung[5]) und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen (BGB. § 645). Weitergehende Rechte ergeben sich aus § 645 Abs. 2 (wegen Verschuldens).

[1]) vgl. oben S. 36.
[2]) Crome, BGB. § 273, 11.
[3]) Crome, BGB. § 774a.
[4]) Crome, BGB. § 618, 49 z. B. wenn dadurch eigene Waren verdorben werden.
[5]) Berechnung ähnlich wie oben S. 38.

Zusammenfassend sind die Rechte des Feilhalters — abgesehen von den Besonderheiten bei den lokations- und mandatsartigen Fällen — also die gleichen wie beim Kaufe. Bei Gattungssachen, was Kommissionswaren in der Regel sind, kann er also Nachlieferung, im übrigen Wandlung und Minderung verlangen. Letzte wird natürlich an der aestimatio vorgenommen.

Mit diesem Resultate übereinstimmend sagt die BVO.: „Stellt sich heraus, daß ein vom Verleger geliefertes Werk defekt ist, so ist der Verleger innerhalb zweier Jahre nach dem Bezug verpflichtet, sofort nach Empfang der bezüglichen Mitteilung den Defekt (fehlende Bogen, Tafeln usw.) unentgeltlich nachzuliefern oder das Exemplar umzutauschen.[6])

Über handelsrechtliche Besonderheiten vgl. noch unten S. 58 ff.

§ 16.

Zahlung einer Provision.

Die Provisionsfrage ist in der Literatur ausführlich und ohne prinzipielle Meinungsverschiedenheiten erörtert worden und braucht hier nur gestreift zu werden.

Die Zulässigkeit einer Provision ist allgemein anerkannt.[1]) Jedoch hat sie an sich mit dem Geschäfte gar nichts zu tun. Zu ihrer Festsetzung bedarf es daher immer eines besonderen Nebenvertrags;[2]) doch genügt stillschweigende Vereinbarung, Ortssitte oder Geschäftsgebrauch. Die Provision hat den Zweck, dem Feilhalter neben dem ungewissen Mehrerlös noch eine festbestimmte und gesicherte Summe in Aussicht zu stellen, die ihn bei auch erfolglosen Verkaufsbemühungen für seine Tätigkeit entschädigen soll. Dementsprechend erhält er sie sowohl wenn er die Ware verkauft, als auch wenn er sie als Selbstkäufer behält oder sie zurückbringt.[3]) Sie kommt nur bei den Verpflichtungsfällen

---

[6]) BVO. § 14a.

[1]) l. 2 D. h. t. 19, 3; Hirschberg S. 54; Arnold S. 12 f.; Friedrichs S. 16 ff.; Marwege S. 101 ff.; Windscheid S. 576 Anm. 13.

[2]) Hirschberg S. 54; Marwege S. 101; Dernburg S. 513, 3b.

[3]) Arnold S. 12; das sächs. GB. S. 1294 u. der Entw. n. gem. dtsch. Ges. über Schuldv. Art. 790 gewährt sie nur bei erfolgreichem Verkauf.

vor. Bei den Berechtigungsfällen wäre sie ein Unding, da der Feilhalter die Ware jederzeit zurückbringen und die Provision verlangen könnte; auch fehlt hier ein besonderer Grund für ihre Gewährung. Beim Konditionsgeschäft ist sie jedenfalls niemals üblich.[4])

Geltend gemacht wird sie durch Klage, Zurückbehalten der Ware oder Aufrechnung auf die aestimatio.[5])

§ 17.

Ersatz von Aufwendungen.

Da der Feilhalter den Weiterverkauf auf eigene Rechnung und Gefahr besorgt, kann er seine zur Erreichung dieses Zweckes gemachten Auslagen nicht ersetzt verlangen.[1]) Dahin gehören insbesondere Reklame-, Reise-, Korrespondenzkosten, die Kosten für Ladenmiete, für Versicherung gegen Transport-, Feuer- und Wasserschäden,[2]) aber auch die Kosten des Hin- und Rücktransportes der Kommissionsware.[3])

Das gilt sowohl, wenn der erwartete Weiterverkauf zustande kommt, als auch, wenn die Ware wieder zurückgegeben wird,[4]) denn in jedem Fall trägt der Feilhalter das Risiko der Spekulation, mag sie ausfallen, wie sie wolle.

Eine andere Frage ist, ob dem Feilhalter Verwendungen, d. h. Aufwendungen von Geld oder sonstigen Gegenständen zur Erhaltung oder Verbesserung der Kommissionsware ersetzt werden müssen. Das richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen, nach Maßgabe der Bestimmungen über das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer. Hier gilt also ähnliches wie im gemeinen Recht.[5])

---

[4]) Friedrichs S. 18 Anm. 100; LG. Leipzig v. 7. 1. 1889; Börsenblatt 1889 S. 891.

[5]) Über Einzelfragen vgl. die S. 40 Anm. 1 zitierte Literatur.

[1]) Dernburg S. 513, 3b; Crome, BGB. S. 714: „Der etwaige Gewinn dient als Entschädigung für etwaige Auslagen."

[2]) vgl. BVO. § 19c Satz 2.

[3]) Entsch. des OLG. zu Lübeck in Seufferts Archiv XI S. 216; für das Konditionsgeschäft vgl. Schürmann S. 89 f.; Buhl S. 155 f. und BVO. § 12e (Schluß e contrario); § 21: die Kosten der Verpackung werden gegenseitig nicht berechnet (Genaueres BVO. § 17).

[4]) Dernburg S. 513, 3b.

[5]) vgl. hierüber Holtzendorff S. 312; Merkel S. 541; Treitschke S. 43; BGB. für Königreich Sachsen § 1234 (Gruchot) S. 164).

Pflichten des Feilhalters.

§ 18.

Verkaufstätigkeit.

Wann der Verkäufer rechtlich und wann nur tatsächlich zum Verkaufe verpflichtet ist, ist schon oben untersucht worden. Hier bleibt die in der Literatur wenig beachtete, in der Praxis aber um so wichtigere Frage nach dem Umfang der Verkaufstätigkeit zu erörtern. Ihre Beantwortung bietet deshalb einige Schwierigkeiten, weil sich gemeinsame, für alle Fälle passende Regeln nicht aufstellen lassen.

Es läßt sich allgemein nur sagen, daß der Feilhalter alles das zu tun hat, was zum Verkaufsbetrieb derartiger Waren nach Ortssitte und Geschäftsgebrauch notwendig ist. Dahin gehört in erster Linie, daß er die Waren feilhält. Was darunter jedoch im Einzelfalle zu verstehen ist, müssen bei mangelnder Parteivereinbarung die jeweiligen Umstände ergeben. So haben z. B. Verkäufer von Modeartikeln durch Preislisten, Annoncen usw. wirksame Reklame zu machen, haben Besitzer von großen Bierhäusern, in denen Kommissionsbier vertrieben wird, für gute Ausstattung der Schankräume und zeitgemäße Behandlung des Biers Sorge zu tragen usw. Maßgebend für die Beurteilung sind im einzelnen Falle die Art der Kommissionsware, die Persönlichkeit des Feilhalters und die Größe des Umsatzes.

Ferner muß der Feilhalter angemessene Preise fordern. Grundsätzlich hat ihm zwar der Feilgeber über die Preishöhe keine Vorschriften zu machen. Es liegt ja auch in seinem eigensten Interesse, angemessene Preise zu fordern. Das ändert sich jedoch, wenn der Absatz durch Fordern eines zu hohen Preises unmöglich wird oder die Waren unter dem Preise verschleudert werden. — Ersteres kommt vor, wenn z. B. ein Juwelier die in Kommission erhaltenen Goldwaren nur zur Auslage in seinem Fenster benutzt, deren Verkauf aber durch unangemessene Preisforderung unmöglich macht, um seinen eigenen Waren eine um so bessere Absatzmöglichkeit zu verschaffen. Der Feilgeber müßte hier seine Waren zu Reklamezwecken hingeben, ohne die geringste Verkaufsaussicht für dieselben zu haben. M. E. darf er hier die Waren ohne weiteres zurückfordern;[1]) doch muß er dem

[1]) vgl. oben S. 37 f. (wichtiger Grund).

andern nachweisen, daß die fraglichen Preise in auffälligem Mißverhältnis zu den sonst üblichen stehen; daneben aber auch noch Verschulden des Feilgebers hierbei dartun. Fahrlässigkeit reicht dafür an sich nicht aus: denn der Feilhalter darf und soll die Waren wie eigene behandeln und verkaufen. Von einem Verschulden kann man daher m. E. nur dann sprechen, wenn er bei der Preisbestimmung die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, außer acht läßt (culpa in concreto). — Der zweite Fall, Verschleudern unterm Preise, dient dazu, um beispielsweise die Kommissionsware als sogen. billigen Reklameartikel zu benutzen oder sie zugunsten anderer Waren beim Publikum in Mißkredit zu bringen. Gegen solche Manipulationen stehen m. E. dem Feilgeber keine rechtlichen Mittel zu Gebote[2]): denn der Feilhalter verkauft ja die Waren und hat bei Zahlung der aestimatio über die Preishöhe keine Rechenschaft zu geben.[3]) Auch wenn durch Aufdruck auf den Waren, z. B. bei chemischen Artikeln, oder durch Geschäftsgebrauch, z. B. bei Zeitschriften, Zeitungen usw. ein Verkaufspreis festgesetzt ist, ist der Feilhalter nach der Verkehrsauffassung doch nicht rechtlich (!) verpflichtet, diesen Ladenpreis einzuhalten, da der Feilgeber nicht gewillt ist, den Empfänger in direkter Weise, etwa durch Klage auf Herausgabe des Zuvielerlöses oder durch eine Schadensersatzforderung zur Innehaltung dieser Abrede zu zwingen.[4]) Eine Ausnahme hiervon gilt für das Buchhändlergewerbe, wo sich nach langen Schwankungen[5]) in den letzten Dezennien die auch in die Verkehrsordnung übergegangene[6]) Usance gebildet hat, daß der Sortimenter zur Innehaltung des ihm gesetzten Ladenpreises verpflichtet ist.[7])

Neben diesen beiden allgemeinen Verpflichtungen — feilhalten und angemessene Preise fordern — gilt für die einzelnen Gruppen noch besonderes:

So hat der Feilhalter bei den lokations- und mandatsartigen

---

[2]) Praktisch wird es zu einem Abbruch der Geschäftsbeziehungen kommen — aber nur für die Zukunft wirksam!

[3]) Übereinstimmend Gruchot S. 169 Nr. 3.

[4]) Friedrichs S. 34; Marwege S. 38.

[5]) vgl. dazu Buhl S. 165 ff.; Weidling S. 68 ff.

[6]) vgl. BVO. § 4 a u. b.

[7]) Ebenso Marwege S. 99 f.

Fällen eine beschränkte Gehorsamspflicht gegenüber dem Feilgeber. Er hat dessen Anweisungen über die Art und Weise des Verkaufs und soweit solche nicht vorliegen, dessen mutmaßlichen Willen, soweit derselbe mit seinen eigenen Interessen nicht in offenbarem Widerspruch steht, beim Verkauf zu berücksichtigen.[8]) Weicht er hiervon ab, so hat er dem andern jedenfalls unverzüglich Nachricht zu geben und dessen Antwort zur etwaigen Berücksichtigung abzuwarten. — Überhaupt hat er entsprechend BGB. § 666 dem Feilgeber alle erforderlichen Nachrichten zu geben, über den Stand des Geschäfts auf Verlangen jederzeit Auskunft zu erteilen, einen etwaigen Weiterverkauf unverzüglich, auch ohne vorherige Aufforderung anzuzeigen und bei etwaiger Rückgabe der Ware über seine Verkaufsbemühungen Rechenschaft zu geben.

Für die sozietätsartigen Fälle ist insbesondere das Verbot schädigender Konkurrenz hervorzuheben. Denn nach dem Zweck der Gesellschaft hat der Feilhalter alles zu unterlassen, was die Gesellschaft schädigt; namentlich ist ihm verboten, Konkurrenzwaren gleichzeitig zu führen. Darüber hinaus steht es ihm jedoch — im Gegensatz zum Handlungsgehilfen — völlig frei, in dem Handelszweige des Feilgebers auch mit eigenen Waren Geschäfte zu machen.

§ 19.

Selbsteintrittsrecht als Käufer.

Das Selbsteintrittsrecht des Feilhalters ist in der Literatur sehr dürftig behandelt. Es ist zwar im Prinzip allgemein anerkannt,[1]) doch ist nirgend auf wichtige Detailfragen eingegangen.

Eine Frist für den Selbsteintritt ist aus Begriff und Wesen des Geschäfts nicht zu entnehmen. Der Feilhalter darf m. E., solange er über die Waren verfügen darf, dieselben auch als Selbstkäufer übernehmen. Frühestens also mit der Übergabe derselben.[2]) Werden die Waren schon vor diesem Zeitpunkt als eigene übernommen, z. B. während

---

[8]) Bedeutsamer Unterschied vom eigentlichen Geschäftsbesorger, der die Weisungen seines Herrn ohne Rücksicht auf eigne Interessen streng zu befolgen hat.

[1]) vgl. z. B. Arnold S. 13; Marwege S. 89; Schulz S. 70; Windscheid S. 575 A. 6.

[2]) vgl. dazu unten S. 56.

sie noch bei dem Feilgeber lagern, so kommt — wenigstens bei den Berechtigungsfällen — kein Kommissionswarengeschäft zustande,[3]) sondern ein gewöhnliches Kaufgeschäft, das nur nach Kaufregeln zu beurteilen ist. — Spätestens kann das Selbsteintrittsrecht bis zum Erlöschen des Verfügungsrechts geltend gemacht werden.

Der Selbsteintritt ist aber m. E. nicht nur ein Recht, sondern u. a. geradezu eine Verpflichtung des Feilhalters, namentlich in dem Falle, daß ihm eine Verkaufsfrist gesetzt ist, und er diese, ohne die Waren zurückzusenden, verstreichen läßt. Er hat dann nämlich auf jeden Fall den Preis zu zahlen.[4]) Offenbar wollte schon das ALR. dasselbe zum Ausdruck bringen, wenn es in § 515 bestimmte, daß nach Ablauf der Frist nicht mehr der Trödler sondern der Hingebende zwischen Rückgabe und Preiszahlung wählen dürfe,[5]) wobei er sich natürlich für das letztere entschied. In der Praxis kommen derartige Fälle vor allem im Buchhändlergewerbe vor.

Über die Form des Selbsteintritts hat das OAG. zu Lübeck entschieden, „daß die bloße Erklärung ohne Bedeutung sei; denn es sei Parteiwille, daß die Erklärung nur durch die erwähnte Handlung (d. h. durch Leistung der Taxsumme) ausgesprochen werden dürfe".[6]) Auch der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für Bayern fordert in II Art. 402 und der Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über die Schuldverhältnisse in Art. 787 eine derartige „reale" Erklärung. Damit ist es jedoch unvereinbar, daß die Parteien vielfach in Kontokurrentverhältnis stehen,[7]) und sicherlich beim Konditionsgeschäft kommt eine „reale" Erklärung niemals vor. Richtiger ist deshalb schon Cromes Ansicht, welcher meint, daß eine Erklärung ohne gleichzeitige Zahlung der Taxsumme „unpraktisch und selten",[8]) also jedenfalls nicht begrifflich notwendig sei. — M. E. kann nur bei den Verpflichtungsfällen der Feilgeber eine ohne gleichzeitige Preiszahlung erfolgende Erklärung zurückweisen, weil hier der Feilhalter vor deren Zahlung

---

[3]) Gründe S. 17 f.
[4]) Gründe S. 14; übereinstimmend BVO. § 30a Satz 2.
[5]) vgl. Gruchot S. 157.
[6]) vgl. Seuff. Archiv XI Nr. 144.
[7]) vgl. Marwege S. 85.
[8]) Crome, BGB. § 273 A. 15, S. 715.

seiner Verkaufsverpflichtung nicht genügt und kein Recht zum Selbsteintritt hat.

Bei den Berechtigungsfällen dagegen ist die Selbsteintrittserklärung nichts anderes als die Annahme der von vornherein bestehenden Verkaufsofferte seitens des Feilgebers an den Feilhalter und dementsprechend formlos. Allerdings kann der Feilgeber auf Grund der nunmehr geltenden Kaufregeln sofortige Zahlung derselben „verlangen". — Mit dieser Konstruktion lassen sich dann auch die in der Praxis vorkommenden Stundungen und etwaiges Kontokurrentverhältnis[9]) wohl vereinbaren. Das Resultat ist demnach: Die Erklärung des Selbsteintritts erfolgt formlos; doch darf der Feilgeber bei den Verpflichtungsfällen eine ohne gleichzeitige Preiszahlung erfolgende zurückweisen.

Bei den Folgen des Selbsteintritts ist zwischen Berechtigungs- und Verpflichtungsfällen zu unterscheiden. Bei den ersteren kommt durch die Übernahmeerklärung ein regelrechter Kauf zustande,[10]) jedoch ohne Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Kommissionswarengeschäfts. Es können daher nicht etwa nach BGB. § 448 die Kosten der Übergabe usw. nachträglich ersetzt verlangt werden.

Bei den Verpflichtungsfällen will der Feilhaber mit seiner Selbsteintrittserklärung etwa sagen: „Ich habe einen Käufer gefunden — nämlich mich selbst — und damit meiner Verkaufsverpflichtung genügt." Daraus folgt, daß er dieselben Rechte und Pflichten wie bei erfolgreichem Weiterverkauf hat; er kann also Verkaufsprovision verlangen, haftet aber auch weiter aus bereits vorhandenen Ansprüchen wegen Verletzung der Verkaufsverpflichtung, soweit ein Schaden jetzt noch vorhanden ist. Namentlich gilt dies bei Lässigkeit beim Verkauf und dadurch entstandenen Zinsverlusten. Denn es ist dem Feilgeber nicht gleichgültig, wann er einen Abnehmer der Ware und die Preiszahlung erhält.

§ 20.

Die Preiszahlung.

In der Literatur wird mit Recht allgemein darauf hingewiesen, daß die Preiszahlung niemals gleich beim Vertragsabschluß, sondern

[9]) Über den Rechnungsverkehr beim Konditionsgeschäft vgl. BVD. § 24.

[10]) Ähnlich Endemann S. 1021 Anm. 22.

frühestens nach der Übergabe der Kommissionsware erfolgen darf; andernfalls würde die begrifflich-notwendige Alternative zwischen Sachrückgabe und Preiszahlung unmöglich sein.[1]) Andrerseits muß der Feilhalter den Preis unverzüglich leisten, sobald die Rückgabe der Waren ausgeschlossen ist, namentlich beim Weiterverkauf, bei Beschädigungen der Waren[2]) und beim Eintreten sonstiger Umstände, durch die die Rückgabe unmöglich wird.[2]) Beim Weiterverkauf braucht der Feilgeber keine Rücksicht darauf zu nehmen, ob der andere bereits zu seinem Gelde gekommen ist, ob er dem Drittkäufer Vorschuß oder Kredit gewährt hat.[3]) Dafür hat aber der Feilgeber, wenn der Feilhalter vor Zahlung der Taxsumme in Konkurs gerät, nur eine Konkursforderung.[4]) Er kann etwa noch vorhandene beschädigte und wegen ihrer Beschaffenheit bereits zurückgewiesene Waren nicht mehr aussondern. Diese Gefahr läßt sich für ihn nicht vermeiden.

Die Preiszahlung erfolgt regelmäßig in Geld. Doch ist auch Verrechnung z. B. im Falle eines Kontokurrentverhältnisses, datio in solutum usw. zulässig.[5])

§ 21.

Rückgabe der Kommissionsware.

Die Rückgabe der Kommissionsware kann bald eine Verpflichtung, bald ein Recht des Feilhalters sein. Die ersteren Fälle sind oben schon erörtert.[1]) Berechtigt zur Rückgabe ist der Feilhalter grundsätzlich — wie sich aus dem freien Wahlrecht zwischen Rückgabe und Preiszahlung ergibt — zu jeder Zeit. Jedoch existieren einige Beschränkungen dieses Rechts. So darf der Verkäufer die Waren nur so lange zurückgeben, als er sie incorruptam reddere potest (l. 1 pr. D. h. t. 19,3). Das heißt natürlich nicht, als ob die Sachen sich noch

---

[1]) Friedrichs S. 7; Marwege S. 85 f. und oben S. 14 Anm. 7.

[2]) Über die Verschuldungsfrage hierbei s. unten S. 51.

[3]) Ähnlich wie beim Kommissionär (HGB. § 393); übereinstimmend Dernburg S. 513, 3b; Merkel S. 540 f.; Gruchot S. 168 Nr. 1.

[4]) Crome, BGB. § 273 Anm. 14.

[5]) Hirschberg S. 40; Friedrichs S. 6.

[1]) Oben S. 37.

in genau demselben Zustande wie zur Zeit der Hingabe befinden müssen. Marwege weist gegenüber Arnold schon mit Recht darauf hin, daß Veränderungen und Verschlechterungen, die der Zweck des Geschäfts mit sich bringt, z. B. Beschädigungen beim Feilbieten durch Staub, Hitze, Sonnenschein usw., unerheblich sind. Andere Veränderungen aber, die durch nicht vertragsmäßige Benutzung entstehen, schließen die Rückgabe aus.[2]) Die BVO. hebt besonders hervor „Spuren der Benutzung oder Beschädigung, welche durch mangelnde Sorgfalt[2]) des Sortimenters bei Versendung, Aufbewahrung oder Verpackung entstanden sind.[3]) Nach allgemeiner Verkehrspraxis gilt die Rückgabe jedoch erst dann für ausgeschlossen, wenn der Feilhalter dem andern die beschädigten Waren zur Rückgabe angeboten, dieser aber ihre Annahme verweigert hat.[4]) Von praktischer Bedeutung ist dieser Punkt beim Konkurs des Feilhalters. Hat der Feilgeber nämlich die beschädigten Waren noch nicht zurückgewiesen, so kann er sie immer noch aussondern und ist nicht auf eine bloße Konkursforderung beschränkt.

Ferner ist die Rückgabe ausgeschlossen, solange der Feilhalter zum Verkaufe verpflichtet ist, sonst könnte ja der Feilhalter durch Rückgabe der Kommissionsware jederzeit die Grundlage für eine weitere Verkaufstätigkeit beseitigen.

Schließlich kann durch Parteivereinbarung das Rückgaberecht beschränkt[5]) werden.

Ob an Stelle der empfangenen der Feilhalter andere Waren von gleicher Art und Güte zurückgeben darf, ist eine große Streitfrage.[6]) Die Quellen bestimmen, daß selbst bei vertretbaren Sachen dieselbe Ware zurückgegeben werden müsse.[7]) Es liegt zweifellos auch in der

---

[2]) Bei den Verpflichtungsfällen und nach der BVO. aber nur unter der weiteren Voraussetzung, daß ein Verschulden des Feilhalters vorliegt. Gründe s. unten S. 49 ff.

[3]) BVO. § 33 a.

[4]) Nach BVO. § 33 b hat der Sortimenter ausnahmsweise auch dann noch ein Rückgaberecht, wenn die Beseitigung der Mängel möglich ist und der Sortimenter die Kosten hierfür zu tragen erklärt.

[5]) Nicht aber ganz ausgeschlossen werden; Gründe S. 12 ff.

[6]) vgl. Friedrichs S. 8; Hirschberg S. 48 ff.; Marwege S. 87.

[7]) vgl. l. 1 § 1 D. 19,3 u. l. 17 § 1 D. 17,5; rem ipsam reddere; ut eadem (margarita) mihi adferres.

Natur der Sache, daß der Bauer seinen eigenen Weizen, der Fabrikant seine eigenen Fabrikerzeugnisse und nicht etwa fremde zurückhaben will. Zu demselben Schluß kommt auch Hirschberg für das Konditionsgeschäft.[8]) Freilich bestimmt die BVO., daß der Verleger sich die Rückgabe von andern Exemplaren derselben Auflage gefallen lassen muß.[9])

Perfekt wird die Rückgabe mit dem wirklichen Zugehen der Waren beim Feilgeber. Die bloße Erklärung der Rückgabe genügt nicht.[10])

§ 22.

Die Frage der Gefahrtragung.

Die Frage der Gefahrtragung ist bis in die neueste Zeit so wenig geklärt, daß sie einer eingehenden Erörterung bedarf.

In den Quellen finden sich darüber zwei Stellen:

l. 1 § 1 D. ht. 19,3: aestimatio autem periculum facit ejus, qui suscepit; aut igitur rem ipsam debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit

und l. 17 § 1 D. 17,5: sequidem ego te renditor rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. — Diese letzte Stelle findet sich fast wörtlich bei Pauli sent. recept. II, 4 § 4 . . . si quidem ego te de vendenda rogavi, meo periculo erit, si tu me procavisti, tuo periculo erit.

Über den Inhalt dieser Stellen existieren so zahlreiche Erklärungsversuche, daß nur die wichtigsten Ansichten wiedergegeben werden können. Sie lassen sich in zwei Gruppen einteilen:

1. Die einen sehen in den zitierten Stellen ausgesprochen, daß der Feilhalter die Zufallshaftung für die Kommissionsware trage. Sie berufen sich z. T. nur auf l. 1 § 1 D. 19, 3, wo es ausdrücklich heiße: periculum facit ejus, qui suscepit, und sie folgern daraus, daß der

---

[8]) Hirschberg S. 49ff.

[9]) BVO. § 33c.

[10]) Übereinstimmend BVO. § 30a (Eintreffen beim Verleger).

Feilhalter unter allen Umständen das periculum trage;[1]) im übrigen lassen sie die zweite Stelle unberücksichtigt. — Der andere Teil zieht beide Stellen in Betracht und sieht unter grundsätzlicher Betonung der Zufallshaftung in l. 1 § 1 D. 19, 3 nur das allgemeine Prinzip, die Durchführung desselben im einzelnen aber in l. 17 ausgesprochen. Sie kommen dabei, je nachdem sie das rogare übersetzen, zu dem Schluß: der Feilhalter trage nur dann die Zufallshaftung, wenn er die „Veranlassung zur Eingehung des Vertrages“[2]) oder den „Anstoß zum Geschäfte“ gegeben habe[3]) oder das Geschäft „in seinem Interesse abgeschlossen sei“.[4])

2. Demgegenüber vertritt die andere Gruppe den Standpunkt, daß der Feilhalter für Zufall nur auf Grund eines besonderen Nebenvertrags hafte.[5]) Um diese Auffassung mit den Quellen in Einklang zu bringen, behaupten die einen, daß periculum hier nur custodia heiße, der Feilhalter also nur für diligentia in custudiendo einzustehen habe;[6]) andre meinen, die Gefahrtragung sei nur in der l. 17 erörtert.[7]) Glum geht sogar so weit, mit letzterer Begründung zu behaupten, daß sich der „gewohnheitsrechtliche“ Satz gebildet habe, daß dem Trödler im allgemeinen nur verschuldeter Schaden aufzubürden sei.[8]) Auch in die Kodifikationen[9]) und Lehrbücher scheint letztere Auffassung Eingang finden zu wollen. So meint Dernburg, daß kein Grund dafür bestehe, den Trödler in höherem Maße haften zu lassen als für das eigene Verschulden gemäß BGB. § 276,[10]) und auch Crome und Marwege äußern sich in ähnlichem Sinne.[11])

3. Ich glaube demgegenüber, daß beide Gruppen von Ansichten weder

---

[1]) Merkel S. 538; Lipp S. 24.

[2]) Sintenis S. 643, 3.

[3]) Puchta § 313.

[4]) Zu dieser Gruppe gehört auch die Ansicht von Schulz S. 9 ff. und S. 56 ff.

[5]) Glück S. 70; Chambon S. 17; Brinz S. 41; Wendt S. 378.

[6]) Emmerich im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 61 S. 279; Michaelis S. 53.

[7]) Liebert S. 107.

[8]) Glum S. 35.

[9]) vgl. österr. Gesetzbuch § 1087; BGB. für Königreich Sachsen § 1292.

[10]) Dernburg S. 513 f.

[11]) Crome, BGB. S. 715, 3; Marwege S. 116 f.; vgl. auch Endemann S. 1021 Nr. 4 (der Trödler hafte nur für ordnungsmäßige Aufbewahrung) und Cosack S. 492 Nr. 4.

quellenmäßig sind, nach dem Parteiwillen und dem Verkehrsbedürfnis entsprechen. Die Quellen sagen: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide; quare omnia et hic locum habent, quae supra diximus: aestimatio autem facit periculum ejus, qui suscepit. Das soll heißen: dem Kommissionswarengeschäft liegt gegebenenfalls ein Zivilgeschäft zugrunde (locatio, mandatum, venditio, societas) und dementsprechend gilt bei den lokations-, mandats- und sozietätsartigen Fällen dasselbe — auch bezüglich der Gefahrtragung — was für die entsprechenden Kontrakte gilt. Die aestimatio bürdet also nur demjenigen die Zufallshaftung auf, welcher den Verkauf der Ware so übernimmt, daß er dem andern gegenüber für seine Tätigkeit unverantwortlich ist (qui suscepit)[12] — das heißt also: der Feilhalter haftet für Zufall nur bei den Berechtigungsfällen (= Fällen mit zugrunde liegender venditio). Damit stimmt l. 17 vollkommen überein, welche besagt: wenn ich im Innenverhältnis der wahre Verkäufer und damit der dominus des Geschäftes bin (Verpflichtungsfälle), so trage ich die Gefahr (si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum), bist du es dagegen (Berechtigungsfälle), so trägst du die Gefahr (si tu me, tuum), ist von unserer Stellung zu einander keine Rede gewesen, so spricht die Vermutung für Verkaufsverpflichtung deinerseits und entsprechend hafteſt du auch nur nach allgemeinen Grundsätzen (si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes).

Das quellenmäßige Resultat ist demnach: bei den Berechtigungsfällen haftet der Feilhalter für Zufall, bei den Verpflichtungsfällen nur für Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Das gleiche gilt für das heutige Recht. Für die Berechtigungsfälle gelten die Bestimmungen über den Kauf BGB. § 446.[13])

Auch für die Verpflichtungsfälle wären an sich ebenfalls die Bestimmungen über die jeweils zugrunde liegenden Verträge maßgebend.

---

[12]) Denn suscipere heißt: etwas so übernehmen, daß man nicht einem andern gegenüber verantwortlich ist (vgl. Heinichen, Lateinisch-Deutsches Wörterbuch 5. Aufl. 1887 S. 816 unter Nr. 2) und zwar suscipit man nicht eine rem sondern ein labor.

[13]) Beginn der Haftung bei Versendungen gemäß BGB. § 447; übereinstimmend damit BBD. §§ 20 und 22.

Doch fehlt es hier an einer ausdrücklichen Regelung dieses Punktes im BGB. Nur für die lokationsartigen Fälle ergibt sich aus BGB. § 644 Abs. 3, daß der Feilhalter einen zufälligen Untergang oder eine zufällige Verschlechterung der Kommissionsware nicht zu vertreten hat, was entsprechend auch auf die übrigen Fälle auszudehnen ist.

Dies Resultat entspricht auch durchaus dem Verkehrsbedürfnis. Es wäre eine unbillige Härte, wenn der Feilhalter bei den lokations-, mandats- und sozietätsartigen Fällen anders haften sollte, als ein sonstiger Beauftragter, Dienst- oder Werkverpflichteter. Andrerseits muß jemand, dem eine Sache ganz unkontrollierbar anvertraut ist, und der nach außen im eigenen Interesse und zu eigenem Vorteil fast wie ein Eigentümer verfügen darf, auch die Gefahr des Zufalls tragen. Dies ist auch Verkehrspraxis. Marwege muß selbst zugeben, daß es „allerdings vielfach üblich" ist, daß dem Feilhalter die Gefahr „aufgebürdet" wird.[14]) Für das Konditionsgeschäft wurde nach dem Brande von Hamburg in dem Berichte: auf wessen Gefahr Disponenden, Novitäten usw. lagern,[15]) ganz allgemein die Ansicht vertreten, daß der Sortimenter, „der doch allen Vorteil (nicht Gewinn) aus dem Geschäfte habe", für zufälligen Untergang aufzukommen habe. Dieselbe Ansicht vertreten Schürmann und Buhl.[16]) Eine Abschwächung dieses Prinzips enthält insofern die Verkehrsordnung, als hiernach der Sortimenter sich durch den Nachweis befreien kann, daß der Verlust oder die Beschädigung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten. Jedoch ist der Sortimenter für die Unterlassung der Versicherung des Gutes gegen Transport-, Feuer- und Wassergefahr immer verantwortlich.[17])

§ 23.

Die Frage des Eigentumsübergangs.

Die Frage des Eigentumsübergangs bildet in der Literatur eine lebhafte Streitfrage. Drei Gruppen von Lösungen lassen sich unterscheiden.

---

[14]) Marwege S. 118.

[15]) s. das Literaturverzeichnis.

[16]) Schürmann S. 191 ff.; Buhl S. 171; a. M. Weidling S. 108 ff.

[17]) BVO. § 11a Satz 2.

Die ältere Literatur[1]) knüpft ihre Entscheidung an das „dare" des Feilgebers an. Sie sagen: dare heißt immer „Eigentum übertragen", und da die Quellen ausdrücklich voraussetzen, daß eine res vendenda „datur", so muß notwendig Eigentumsübertragung vorliegen. Für das gemeine Recht wurde diese Ansicht damit begründet, daß der Feilhalter ja auch die Gefahr trage und deshalb Eigentümer sein müsse.[2])

Die zweite Gruppe von Ansichten geht von der aestimatio aus und behauptet, daß die aestimatio mit Wahlrecht des Schuldners Eigentum übertragen müsse. Denn der Feilhalter könne jederzeit durch seine Erklärung einen perfekten Kauf und dadurch auch jederzeitigen Eigentumsübergang herbeiführen. Da aber ein Recht, das man habe, sobald man wolle, als bereits erworben anzusehen sei, so sei der Empfänger bereits von dem Augenblick der Hingabe an Eigentümer.[3])

Die dritte und wohl die verbreitetste Ansicht sagt mit Recht, „daß sich aus der Natur des Kontrakts kein Grund finden lasse, der auf eine Übertragung des Eigentums unbedingt schließen lasse".[4]) Maßgebend sei für diese Frage allein die Absicht der Parteien,[5]) und diese spreche nach herrschender Meinung gegen einen sofortigen Eigentumsübergang.[6]) Auch die neuste Literatur vertritt diese Ansicht,[7]) und man kann sie deshalb unbedenklich als die herrschende bezeichnen.

Ungeklärt ist heute nur noch die Frage, wodurch sich die etwaige spätere Eigentumsübertragung vollzieht. Nach der einen Ansicht durch die bloße Erklärung des Feilhalters, die Sache für sich behalten zu wollen,[8]) was namentlich in der neueren Literatur von Dernburg und Marwege vertreten wird.[9]) Nach anderer Meinung dagegen

---

[1]) vgl. die bei Glück S. 64 Anm. 56 Zitierten.

[2]) Wendt S. 397; Puchta § 313.

[3]) So neuerdings noch Neuschler S. 89f.

[4]) Brinz S. 36.

[5]) Glück S. 69; Brinz S. 35.

[6]) Chambon S. 80; Sintenis S. 643; Merkel S. 538; Bechmann S. 413; ALR. § 513; sächs. BGB. § 1291 und österr. GB. § 1087.

[7]) Cosack S. 492 Nr. 3; Crome, BGB. S. 735 Nr. 2; Endemann S. 1021 Nr. 4; Dernburg S. 513 Nr. 4; Windscheid S. 576 Nr. 12; Marwege S. 111; übereinstimmend BVO. § 11a Satz 1.

[8]) Chambon S. 80.

[9]) Dernburg S. 513 Nr. 4; Marwege S. 111.

erst dann, wenn der Feilhalter „durch wirkliche Zahlung des Wertes erklärt habe, daß er das Eigentum an der Sache erwerben wolle".[10])

Ich meine, diese Frage ist eine rein sachenrechtliche, die nach allgemeinen Grundsätzen (BGB. §§ 929 ff.) zu beurteilen ist. Hervorgehoben sei, daß die bloße „Erklärung" des Feilhalters, die Ware kaufen zu wollen, an sich nicht genügt, da das Bürgerliche Gesetzbuch eine „Einigung" der Parteien auch da verlangt, wo der Erwerber schon im Besitze der Sache ist.

Im einzelnen verliert der Feilgeber das Eigentum, zunächst wenn der Feilhalter die Waren auf eigene Rechnung übernimmt.[11]) Mit der Selbsteintrittserklärung kommt der Feilhalter allerdings vorerst nur in die Lage eines Käufers, der im Besitze der Kaufsache ist. Zum Eigentumsübergang selbst muß noch sachenrechtliche Einigung hinzukommen. Doch wird es nach der Verkehrssitte in der Regel keiner ausdrücklichen Annahmeerklärung des in der Selbsteintrittserklärung liegenden stillschweigenden sachenrechtlichen Einigungsantrags mehr bedürfen.

Ferner verliert der Feilgeber sein Eigentum, wenn der andere durch ununterscheidbares Einreihen der Kommissionsware in sein Eigenlager gemäß BGB. § 947 Abs. 2 Eigentümer derselben wird. Freilich ist der Feilhalter zu einem solchen Handeln ohne besondere Erlaubnis nicht berechtigt. Er hat Kommissionswarenlager und Eigenwarenlager nach dem Zweck des Geschäfts so zu behandeln, daß eine etwaige Trennung und Rückgabe der Kommissionsware jederzeit möglich ist. Andrerseits ist die Gefahr des Eigentumsverlustes dadurch abgeschwächt, daß Fabrikationswaren regelmäßig eine Fabrikmarke oder andere unterscheidende Merkmale tragen, wodurch eine Verbindung der Kommissionsware mit der Eigenware als wesentlicher Bestandteil ziemlich erschwert ist. Wohl aber ist bei Naturprodukten, namentlich bei Getreide als Kommissionsware eine solche Verbindung sehr leicht möglich.

Am häufigsten verliert der Feilgeber sein Eigentum dadurch, daß der andere über die Kommissionsware verfügt. Das gilt aber nur für

---

[10]) Glück S. 69; Sintenis S. 643; Merkel S. 538.

[11]) Über die Form der Selbsteintrittserklärung s. oben S. 45 f.; im Gegensatz dazu ist die sachenrechtliche Einigung immer formlos.

Verfügungen auf Grund eines Kaufgeschäfts.[12]) Bei andern Verfügungen, z. B. wenn er die Waren verschenkt, handelt es sich um Verfügungen eines Nichtberechtigten, auf die — soweit nicht die Grundsätze über gutgläubigen Erwerb Platz greifen — BGB. § 185 Anwendung findet. Bis zur Genehmigung der Schenkung bleibt der Feilgeber also Eigentümer. Wichtig ist dies namentlich im Konkurs.[13])

II. Das Verhältnis des Feilhalters nach außen.

§ 24.

Das Verfügungsrecht des Feilhalters.

Zu unterscheiden ist hierbei zwischen der Grundlage des Verfügungsrechts und diesem Rechte selbst.

Durch den Kommissionswarenvertrag räumt der Feilgeber dem andern das Recht ein, über die Ware zu Verkaufszwecken im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu verfügen, und verpflichtet sich, sich seinerseits jeder Verfügung so lange zu enthalten, bis die Kommissionswarenqualität der Sache erloschen ist. Erst im letzteren Falle darf er weitere Verfügungen des Feilhalters verbieten und namentlich auch den guten Glauben etwaiger Käufer durch Zeitungsannonce, Zirkularschreiben, Plakatanschlag im Verkaufslokale, Anzeige im buchhändlerischen Börsenblatt[1]) ausschließen. Ein früheres derartiges Verkaufsverbot macht ihn dagegen schadensersatzpflichtig.

Das Verfügungsrecht selbst ist ein absolutes Recht; es gibt dem Feilhalter die Befugnis, über die Kommissionsware auf Grund eines Kaufgeschäfts zu verfügen, und verbietet jedem Dritten,[2]) ihn hierbei zu stören oder selbst über die Waren zu verfügen. Für entgegenstehende Verfügungen — auch seitens des Feilgebers — gilt dasselbe wie bei

---

[12]) s. unten S. 56.

[13]) vgl. noch die Bestimmung der KO. vom 8. 5. 1855 § 25. „Rückforderungsrecht" nur, solange die Waren unterscheidbar vorhanden (Abs. 1) oder noch nicht veräußert sind (Abs. 2); vgl. auch Dernburg S. 513 Nr. 4; Crome, BGB. S. 715 Nr. 2.

[1]) Genauer BVO. § 3.

[2]) Dagegen geht der Anspruch auf Gewährung des Verfügungsrechts nur gegen den Feilgeber.

sonstigen Verfügungen eines Nichtberechtigten; doch gilt auch hier der Grundsatz „Hand wahre Hand" und die Bestimmung aus BGB. § 185.

Das Verfügungsrecht entsteht — im Gegensatz zu dem obligatorischen Anspruch auf Gewährung — erst mit der Übergabe der Kommissionsware. Dies erklärt sich daraus, weil das begrifflich notwendige Wahlrecht zwischen Rückgabe und Preiszahlung erst nach der Hingabe ausgeübt werden und dementsprechend der Feilhalter auch nicht vorher über die Waren verfügen und dadurch seine Wahl betätigen kann. Praktisch bedeutsam ist dieser Unterschied bei den Verpflichtungsfällen; z. B. bei etwaiger Vermögensverschlechterung des Feilhalters nach dem Vertragsabschluß, aber vor Übergabe der Kommissionsware.

Zu erörtern bleibt des weiteren noch die vielumstrittene Frage nach dem Umfang des Verfügungsrechts. Die einen geben dem Feilhalter ein unbeschränktes Verfügungsrecht. Darnach darf er die Kommissionsware „vertauschen, vermieten, verleihen, verschenken, verpfänden, für sich behalten und überhaupt in jeder Weise über sie verfügen".[3]) Begründet wird diese Ansicht damit, daß es dem Feilgeber völlig gleichgültig sei, wie der andere mit der Sache operiere. Er hoffe durch die unbeschränkte Verfügungsfreiheit sein Ziel, die Versilberung der Sache und Gewinnung des Preises, am ehesten zu erreichen.[4]) — M. E. ist es dem Feilgeber nichts weniger als gleichgültig, wie der andere mit seiner Ware operiert, weil er u. a. aufs schwerste dadurch geschädigt werden kann. Man denke an einen mittellosen Feilhalter, der die Waren verschenkt oder verpfändet. Friedrichs muß selbst zugeben, daß die praktischen Konsequenzen obiger Ansicht gegenüber Händlern, Hausierern . . . sehr wenig vorteilhaft sind.[5]) Auch rechtlich ist diese Ansicht durch nichts gerechtfertigt. Die Kommissionsware wird ausdrücklich zu Verkaufszwecken, als res vendenda, gegeben; damit versteht sich von selbst, daß Verfügungen, die nicht auf einem Kaufgeschäft beruhen, unzulässig sind. Ähnlich meint Cosack: „Der Trödler darf die Sache entgeltlich veräußern, vor allem verkaufen. Sonstige Verfügungen über die Sache

---

[3]) Hirschberg S. 11ff.; Reinhold S. 7; Friedrichs S. 11; für die neuere Literatur Crome, BGB. § 273, 2; Endemann § 163 S. 1021 Nr. 4.

[4]) Hirschberg S. 11.

[5]) Friedrichs S. 11.

(verschenken, vermieten u. dergl.[6]) sind dem Trödler nicht gestattet.[7]) Das gleiche gilt für das Konditionsgeschäft.[8]) Auch wenn die BVO. bestimmt: der Sortimenter hat über das Konditionsgut, das er im Laufe des Jahres erhalten hat, das Verfügungsrecht . . .,[9]) so sind diese Worte, wie Marwege mit Recht bemerkt, dahin zu interpretieren, daß er ein freies Verfügungsrecht nur hat, wenn er den Nettopreis bezahlt.[10])

§ 25.

Das Recht auf den etwaigen Mehrerlös.

Wie schon mehrfach betont wurde, handelt der Feilhalter bei der Veräußerung auf eigene Rechnung und Gefahr. Der Verkaufspreis gehört ihm allein. An den Feilgeber hat er nur die aestimatio abzuliefern. Daraus folgt ohne weiteres, daß er einen durch den Verkauf der Sache erzielten Überschuß über die Taxe für sich behalten kann.[1]) Das ist so selbstverständlich und gewiß, wie das Recht des Kaufmanns auf den Geschäftsverdienst,[2]) und bedürfte überhaupt keiner besonderen Erwähnung, wenn man nicht in der Literatur das „Recht auf den Mehrerlös" als besonderes Vertragsessentiale aufgestellt hätte.[3]) M. E. darf man von einem solchen „Recht" auf den Mehrerlös überhaupt nicht sprechen, denn der Anspruch darauf ist nur die ganz selbstverständliche Folge der dem Feilhalter gewährten Befugnis, beliebig die Sache zu verkaufen.[4]) Übrigens sieht auch die herrschende Meinung diesen Anspruch auf den Mehrerlös als so selbstverständlich an, daß er keiner besonderen Hervorhebung bedarf.[5])

---

[6]) Verfügungen?

[7]) Cosack § 138 S. 492 Nr. 3; ähnlich Wendt S. 383; Glück S. 61; Chambon S. 56; Sintenis S. 643; Marwege S. 90.

[8]) Treitschke S. 37.

[9]) BVO. § 11 b Satz 1.

[10]) Marwege S. 90.

[1]) Marwege S. 23; Crome, BGB. S. 714; Mot. z. BGB. S. 516.

[2]) Hirschberg S. 51.

[3]) z. B. Brinz S. 18; Schneemann S. 23; in der neueren Literatur Schulz S. 67 ff.

[4]) Hirschberg S. 51.

[5]) Glück S. 65; Chambon S. 54 f.; Koch S. 2; Friedrichs S. 4 f. u. Marwege S. 22 ff.

§ 26.

Handelsrechtliche Besonderheiten.

Hier sei nur die Frage aufgeworfen, ob und wann der Feilhalter Kaufmann im Sinne von HGB. § 1 ist, m. a. W. ob die Kommissionswarengeschäfte zu den Handelsgrundgeschäften gehören.

Zur Beantwortung kommt zunächst HGB. § 1 Nr. 1 in Betracht. Diese Nr. 1 „umfaßt die sämtlichen Handelszweige, welche den Umsatz von Waren . . . mittels Anschaffung und Weiterveräußerung zum Gegenstand haben.[1]) Für die Zugehörigkeit genügt indes, daß „der auf Anschaffung und Weiterveräußerung gerichtete Gewerbebetrieb in solchen Geschäften betätigt wird, welche eine Anschaffung oder Weiterveräußerung darstellen, indem die diesen Geschäften zugrunde liegende Absicht denselben das Gepräge aufdrückt, vermöge dessen sie Elemente eines auf Anschaffung und Veräußerung gerichteten Gewerbebetriebs bilden.[2]) Die Kommissionswarengeschäfte stellen nun zweifellos eine Weiterveräußerung dar. Jedoch fragt es sich, ob die zugrunde liegende Absicht ihnen das oben charakterisierte Gepräge verleiht. Dazu wäre erforderlich, daß der Feilhalter die Absicht hat, sich die Kommissionsware, die er veräußert, anzuschaffen. Versteht man aber unter „Anschaffung", wie das Reichsgericht, nur Erwerb von „Eigentum",[3]) so trifft dies nicht zu, denn der Feilhalter will und wird regelmäßig nicht Eigentümer der Kommissionsware werden. Darnach würden die Kommissionswarengeschäfte nicht unter § 1 Nr. 1 fallen, und es ist unrichtig, wenn Staub, unter Annahme der obigen Definition der „Anschaffung", das Gegenteil behauptet.[4])

Handelsgrundgeschäfte sind dagegen zweifellos nach Nr. 8 diejenigen Kommissionswarengeschäfte, die im Buch- und Kunsthandel vorkommen; denn unter den dort aufgeführten „sonstigen Geschäften des Buch- und Kunsthandels" sind in erster Linie Kommissionswaren-

---

[1]) Denkschrift zum Entwurf eines HGB. und EG. S. 9.

[2]) Staub I S. 47 Anm. 31.

[3]) U. a. auch Plenarentscheidung des RG. in RG. 31 S. 17.

[4]) Staub S. 59 Anm. 79: „Trödler" fällt unter Nr. 1 (jedoch „Minderkaufmann").

geschäfte, namentlich das buchhändlerische Konditionsgeschäft zu verstehen.[5])

Das Resultat darnach wäre: die Kommissionswarengeschäfte sind Handelsgrundgeschäfte nur, wenn der Gewerbebetrieb mit Büchern, Kunst- oder sonstigen Gegenständen des Buch- und Kunsthandels erfolgt. Sind es dagegen andere Gegenstände: Schuhe, Silberwaren, Ansichtspostkarten usw., so ist dasselbe Geschäft kein Handelsgrundgeschäft mehr.

Dieser Unterschied ist indessen vollkommen ungerechtfertigt. Es lassen sich für ihn weder wirtschaftliche noch rechtliche, noch viel weniger praktische Begründungen vorbringen, letzteres um so weniger, da sich sehr oft nicht unterscheiden läßt, ob es sich im gegebenen Falle noch um ein Geschäft des Buch- und Kunsthandels und demgemäß um ein Handelsgrundgeschäft handelt oder nicht.

Ich glaube, daß der Gesetzgeber für alle Kommissionswarengeschäfte dasselbe hat bestimmen wollen: entweder hat er alle zu Handelsgrundgeschäften stempeln wollen oder überhaupt keins.

Für erstere Auffassung spricht der Zweck des ganzen Geschäfts. Genau wie bei den übrigen unter Nr. 1 fallenden Geschäften geht der Gewerbebetrieb des Feilhalters auf Verschaffen von Waren zum Zwecke der nachfolgenden Veräußerung. Das „Verschaffen" besteht aber im Gegensatz zu den übrigen Geschäften nicht in dem Erwerb des Eigentums, sondern nur einer Verfügungsgewalt, die ihm gestattet, die Sache im eigenen Namen und auf eigene Rechnung,[6]) also „wie" ein Eigentümer, weiterzuveräußern. Und eine derartige Verfügungsgewalt fällt m. E. auch unter den Begriff der „Anschaffung", denn angeschafft habe ich mir zum Zwecke der Weiterveräußerung alles, worüber ich unbekümmert um einen Dritten — im eigenen Namen und auf eigene Rechnung — verfügen darf. Dazu ist aber das Eigentum nicht notwendige Voraussetzung. Die Definition des Reichsgerichts ist also zu eng, und wir kommen zu dem Schluß, daß alle Kommissionswarengeschäfte Handelsgrundgeschäfte sind.

Die praktischen Konsequenzen dieser Folgerung ergeben sich von selbst. Hervorgehoben sei nur, daß wir damit auch in HGB. § 377

---

[5]) Staub I S. 58 Anm. 75.

[6]) Wichtiger Unterschied vom Kommissionär usw.

die juristische Unterlage für die in der Literatur geforderte Pflicht des Feilhalters zur sofortigen Untersuchung und Mängelrüge der Kommissionsware [7]) erhalten. Übrigens bestimmt die BVO., daß eine derartige Verpflichtung für den Sortimenter nur besteht, wenn sich auf der Faktur die handschriftliche Bemerkung „vor Absendung kollationiert" befindet. [8])

§ 27.

Die Möglichkeit einer gesetzlichen Regelung des Kommissionswarengeschäfts.

Das Kommissionswarengeschäft ist, wie erwähnt, trotz seiner außerordentlichen Bedeutung für das moderne Verkehrsleben im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt worden, weil nach den Motiven [1]) eine solche gesetzliche Regelung des Vertrags dem Gesetzgeber unzulässig erschien; und zwar aus folgenden drei Gründen:

Zunächst wegen der Namensfrage. Die Motive sagen: unter der Bezeichnung „Trödelvertrag" oder „Vertrödeln" wird im Verkehr wohl kaum ein Vertrag geschlossen. Der Verkehr verhält sich spröde gegen eine solche Bezeichnung und weist sie als anstößig zurück.

Das ist durchaus richtig, kann für uns aber nur ein Grund sein, um an Stelle der veralteten Bezeichnung eine neue zu setzen. Im Verkehrsleben hat sich eine solche schon längst gebildet. Allgemein spricht man hier statt von „Trödelverträgen" von „Kommissionswarengeschäften". Dieser Ausdruck ist sehr treffend, und es wäre nur wünschenswert, daß er auch in die Jurisprudenz Eingang fände und die alte, überlebte Bezeichnung „Trödelvertrag" für immer verdrängte. Freilich hat sich für die Bezeichnung der Parteien bis heute kein passender Ausdruck gefunden. Es müßte ein solcher geschaffen werden, der auch wirklich die Tätigkeit derselben charakteristisch zur Anschauung bringt. Wie oben gezeigt, besteht nun diese Tätigkeit darin, daß der eine eine Sache zum Freihalten hingibt, und die des andern darin, daß er diese Sache feilhält. Ursprünglich nannte man deshalb die

---

[7]) vgl. Arnold S. 15; Marwege S. 84.
[8]) BVO. § 14 b.
[1]) vgl. Mot. II S. 517.

Parteien auch nicht „Trödler“ und „Vertrödler“, sondern „Feilgeber“ und „Feilnehmer“. Wir halten diese Ausdrücke für durchaus treffend und schlagen sie auch zur Beibehaltung als „Feilgeber“ und „Feilhalter“ vor. Die Namensfrage wäre damit erledigt.

Weiter meinen die Motive, es lasse sich nicht leugnen, daß jeder sogen. Trödelvertrag der juristischen Beurteilung keine größeren Schwierigkeiten biete, wie mancher andere Vertrag, der im Gesetzbuch nicht besonders geregelt ist. Die Rechtsnormen über Auftrag, Kauf, Verkaufskommission, Dienst- und Werkvertrag und Gesellschaftsvertrag verbunden mit dem im einzelnen Falle zu ermittelnden Parteiwillen würden regelmäßig die Entscheidung an die Hand geben und eine weitere gesetzliche Regelung überflüssig machen.

Daß dies nicht der Fall ist, lehrt ein Blick auf die vielen, oben erörterten Streitfragen. Auch darf sich der Gesetzgeber nicht auf den Parteiwillen verlassen, da dieser spätere Eventualitäten regelmäßig nicht in Betracht zieht.

Schließlich behaupten die Motive: unternähme das Gesetz die Regelung des Trödelvertrags, so würde die Präzisierung des wesentlichen Inhalts des Vertrages, für welchen die dispositiven Rechtsnormen des Gesetzes gelten sollen, von besonderer Wichtigkeit. Jede solche Präzisierung werde aber eine große Anzahl von Fällen treffen, für welche jene dispositiven Rechtsnormen nicht passen. Der Grund liege in den Verkehrssitten. Es gäbe eine große Zahl von Fällen, für die nach der Verkehrssitte und nach der regelmäßigen Parteiintention besondere unter sich abweichende Bestimmungen gelten, die von denjenigen, welche das römische Recht und diesem folgend die modernen Kodifikationen für den Trödelvertrag aufstellen, und welche als allgemeine Normen über den Trödelvertrag aufgenommen werden könnten, sehr verschieden seien. Es leuchte daher ein, wie groß die Gefahr sei, welche mit Aufstellung solcher allgemeiner Rechtsnormen verbunden sei. Sie würden nur für wenige, im praktischen Leben eine untergeordnete Rolle behauptende Verträge passen und deshalb unbrauchbar sein. — Ich glaube demgegenüber, daß der allseits als notwendig anerkannten gesetzlichen Regelung des Vertrags auch in dieser Hinsicht heute keine Schwierigkeiten mehr entgegenstehen. Der bisherige Hinderungsgrund liegt nicht, wie die Motive behaupten, in den Verkehrssitten, sondern in einer zu engen, wenn nicht geradezu falschen Auffassung des Begriffs

und Wesens der Kommissionswarengeschäfte und in einem Mißverständnis der römischen Quellen. Hat man aber einmal die begriffliche Möglichkeit der verschiedenartigen Gestaltung des Vertrags erkannt und weiß, daß dem Geschäft gegebenenfalls ein Dienst-, Werk-, Gesellschaftsvertrag usw. zugrunde liegt und aus diesem und keinem andern Grunde für die einzelnen Fälle „nach der regelmäßigen Parteiintention besondere unter sich sehr abweichende Bestimmungen gelten", so ist damit auch die angebliche „Gefahr, welche mit Aufstellung allgemeiner Rechtsnormen verbunden ist", beseitigt. Praktisch soll dies noch durch den nachfolgenden Versuch einer Zusammenstellung der in unserer Dissertation gewonnenen Resultate bewiesen werden, wobei allerdings Fragen, deren Beantwortung sich aus bereits vorhandenen Gesetzesstellen ergibt, zweckentsprechend als überflüssig übergangen worden sind.

Das Kommissionswarengeschäft.

§ 1.

Kommissionswaren sind Gegenstände,[1]) die eine Person, der Feilgeber, einer andern, dem Feilhalter, unter Vereinbarung des Preises,[2]) der bei nicht erfolgender[3]) Rückgabe der Ware zu zahlen ist,[4]) zum Zwecke des Verkaufs[5]) anvertraut.[6]) [7])

§ 2.

Der Feilhalter ist berechtigt,[8]) die Kommissionsware im eigenen Namen und auf eigene Rechnung[9]) zu verkaufen.[10])

---

[1]) S. 19 f.

[2]) Bestimmtheit S. 11; Höhe S. 12; Zeitpunkt der Zahlung S. 47 ff.

[3]) Ausnahmen der damit ausgesprochenen Zufallhaftung des Feilhalters in § 14.

[4]) S. 11.

[5]) S. 9.

[6]) Realer oder formloser Vertragsabschluß S. 15 ff.

[7]) Eigentumsübergang ? S. 52 ff.

[8]) Grundlage des Verfügungsrechts S. 55; Art des Verfügungsrechts S. 55; Entstehung S. 56.

[9]) S. 55.

[10]) Umfang des Verfügungsrechts S. 56.

§ 3.

Der Feilgeber ist verpflichtet,[11]) dem Feilhalter die Kommissionsware zu übergeben[12]) und zum Verkaufe zu belassen,[13]) es sei denn, daß der Feilhalter den ihm übertragenen Verkauf unentgeltlich besorgt.[14])

Der Feilhalter ist verpflichtet, die Kommissionsware abzunehmen.[15])

§ 4.[16])

Der Feilgeber kann, wenn in den Vermögensverhältnissen des andern Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf Rückgabe gefährdet wird, die Übergabe verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird.

§ 5.

Ist eine Frist für das Belassen der Kommissionsware (Verkaufsfrist)[17]) weder bestimmt,[18]) noch aus den Umständen, insbesondere aus den Bestimmungen des zwischen den Parteien bestehenden Schuldverhältnisses[19]) zu entnehmen,[20]) so kann der Feilgeber die Kommissionsware nach Ablauf einer, dem Feilhalter von ihm bestimmten angemessenen Frist zurückfordern.[21])

Nach Ablauf der Verkaufsfrist hat der Feilgeber jederzeit das Recht, zu verlangen,[22]) daß der Feilhalter sich unverzüglich erklärt, ob er die Kommissionsware zurückgeben oder den vereinbarten Preis bezahlen will.[23])

Der Feilgeber kann die Kommissionsware jederzeit zurückfordern,

---

[11]) Durch den Haupt- oder Vorvertrag S. 35 f.
[12]) S. 35.
[13]) S. 36 f.
[14]) S. 37, 5.
[15]) S. 18.
[16]) S. 36.
[17]) S. 14.
[18]) S 14; für das Konditionsgeschäft S. 14 Anm. 10.
[19]) S. 23 ff.
[20]) S. 37 f.
[21]) S. 38.
[22]) Frühester Erklärungstermin S. 14; spätester Erklärungstermin S. 14.
[23]) Wahlschuld oder facultas alternativa S. 12 ff.

wenn der andere durch vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten den Verkauf vereitelt.[24])

§ 6.

Wegen Mängel der Sache[25]) haftet der Feilgeber, soweit sich aus den Bestimmungen des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses nicht ein anderes ergibt,[26]) wie ein Verkäufer.[27])

§ 7.

Ist vereinbart,[28]) daß der Feilhalter für den Verkauf eine Provision erhalten solle, so kann er dieselbe bei der Preiszahlung verlangen.

Ist die Provision als Entgelt für die Dienstleistungen des Feilhalters anzusehen,[29]) so ist sie auch bei Rückgabe der Kommissionsware zu leisten.

§ 8.

Der Feilhalter kann Ersatz der ihm entstandenen Kosten und Auslagen, insbesondere auch der Kosten des Hin- und Rücktransportes der Komissionsware nicht verlangen.[30])

§ 9.

Ist der Feilhalter zum Verkauf verpflichtet, so hat er die Ware feilzuhalten[31]) und angemessene Preise zu fordern.[32])

Ist die Angemessenheit des Preises streitig, so hat der Feilgeber zu beweisen, daß der Feilhalter unter Vernachlässigung der Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, Preise fordert, die mit denen des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs in auffälligem Mißverhältnis stehen.[33])

---

[24]) S. 37 f.
[25]) S. 39 f.
[26]) S. 39.
[27]) S. 40.
[28]) Besonderer Nebenvertrag S. 40,2.
[29]) S. 40.
[30]) S. 41.
[31]) S. 42.
[32]) S. 42 f.
[33]) S. 43.

Weitergehende Ansprüche des Feilgebers, die sich aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ergeben, bleiben unberührt.[34])

§ 10.

Der Verkauf der Kommissionsware kann dadurch ausgeführt werden, daß der Feilhalter dieselbe als Käufer übernimmt.[35])

Übernimmt der Feilhalter als Käufer die Kommissionsware, so bleiben die aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis bereits entstandenen Rechte und Pflichten der Parteien unberührt.[36])

§ 11.

Ist der Feilhalter zum Verkauf verpflichtet,[37]) so kann der Feilgeber die ohne gleichzeitige Zahlung des Preises erfolgende Erklärung zurückweisen.[38])

Ist dem Feilhalter eine Frist bestimmt, bis zu deren Ablauf er sich über die Rückgabe der Ware oder die Zahlung des Preises erklären soll (Remissionstermin)[39]) und erklärt er seine Wahl nicht, so ist er verpflichtet, die Ware als Selbstkäufer zu übernehmen.[40])

§ 12.

Der Feilhalter ist jederzeit, soweit sich nichts anderes aus dem zwischen den Parteien bestehenden Schuldverhältnis ergibt,[41]) berechtigt, die Kommissionsware[42]) in unbeschädigtem Zustande zurückzugeben.[43])

Unbeschädigt ist die Kommissionsware, wenn sie sich in demselben Zustande wie bei der Übergabe befindet oder solche Veränderuugen oder Verschlechterungen aufweist, die durch die vertragsmäßige Benutzung herbeigeführt werden.[44])

---

[34]) S. 43 f.
[35]) Frühestens S. 44, 2.
[36]) S. 46.
[37]) S. 25 ff.
[38]) S. 45 f.
[39]) S. 14.
[40]) S. 45.
[41]) S. 48.
[42]) eadem res S. 48.
[43]) S. 47 f.
[44]) S. 47 f.

§ 13.

Das Recht des Feilhalters zur Rückgabe kann durch Vereinbarung der Parteien nicht ausgeschlossen werden.[45])

§ 14.

Ist der Feilhalter zum Verkauf verpflichtet, so ist er für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung der Kommissionsware im Zweifel nicht verantwortlich.[46])

---

[45]) S. 12 und 48 Anm. 5.

[46]) S. 51 f.; im übrigen ergibt sich die Zufallshaftung aus § 1.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.